

DAS DEPOTGESCHÄFT IM SPANISCHEN RECHT

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Hans-Hellmut Höhne
Rechtsanwalt in München

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DAS DEPOTGESCHÄFT IM SPANISCHEN RECHT

Dissertation
zur Erlangung des **Grades** eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz



vorgelegt von
Hans-Hellmut Höhne
Rechtsanwalt
in München

1976

Referent: Professor Dr. Johannes Bärmann
Korreferent: Professor Dr. Arndt Teichmann

Tag der mündlichen Prüfung: 2.7.1976



1. Einleitung	1
2. Die Bedeutung der Eltern	2
3. Die Entwicklung der Eltern	3
4. Die Elternschaft	4
5. Die Elternschaft als Beruf	5
6. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	6
7. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	7
8. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	8
9. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	9
10. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	10
11. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	11
12. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	12
13. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	13
14. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	14
15. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	15
16. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	16
17. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	17
18. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	18
19. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	19
20. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	20
21. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	21
22. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	22
23. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	23
24. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	24
25. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	25
26. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	26
27. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	27
28. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	28
29. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	29
30. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	30
31. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	31
32. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	32
33. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	33
34. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	34
35. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	35
36. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	36
37. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	37
38. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	38
39. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	39
40. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	40
41. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	41
42. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	42
43. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	43
44. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	44
45. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	45
46. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	46
47. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	47
48. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	48
49. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	49
50. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	50
51. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	51
52. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	52
53. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	53
54. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	54
55. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	55
56. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	56
57. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	57
58. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	58
59. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	59
60. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	60
61. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	61
62. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	62
63. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	63
64. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	64
65. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	65
66. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	66
67. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	67
68. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	68
69. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	69
70. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	70
71. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	71
72. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	72
73. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	73
74. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	74
75. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	75
76. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	76
77. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	77
78. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	78
79. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	79
80. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	80
81. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	81
82. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	82
83. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	83
84. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	84
85. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	85
86. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	86
87. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	87
88. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	88
89. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	89
90. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	90
91. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	91
92. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	92
93. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	93
94. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	94
95. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	95
96. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	96
97. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	97
98. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	98
99. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	99
100. Die Elternschaft als Lebensaufgabe	100

GLIEDERUNG

	Seite
Literaturverzeichnis	IX
 A.) Einleitung	 1
 B.) Grundbegriffe des spanischen Depotgeschäftes	 3
I.) Die Bedeutung von "Depósito"	3
II.) Der Depotvertrag als handelsrechtlicher Vertrag	4
III.) Der Bankdepotvertrag	6
IV.) Terminologische Abgrenzung	7
V.) Die unterschiedlichen Depotarten	8
 C.) Vorläufer des heutigen Depotvertrages	 9
 D.) Die gesetzliche Regelung	 11
I.) Die Depotgesetze	11
II.) Art. 310 C. de c.	12
1.) Die Rechtskraft der Estatutos	12
2.) Die Normenhierarchie des Art. 310 C. de c.	12
3.) Einschränkungen der Regelungsbefugnisse der Banken	13
a.) Einschränkungen durch das Wesen des Depot- vertrages	13
b.) Sonstige Einschränkungen	16
4.) Die Rechtswirkungen der Estatutos	17
III.) Die Estatutos del Banco de España	19
IV.) Das Reglamento del Banco de España	20
V.) Die Estatutos, Reglamentos und Condiciones Generales anderer spanischer Banken	21
 E.) Das verschlossene Depot	 22

	Seite
I.) Die Rechtsnatur des verschlossenen Depots	22
II.) Die Vertragsobjekte	23
III.) Das Zustandekommen und die Form des Vertrages	24
IV.) Die Verpflichtungen der Bank	24
V.) Die Haftung der Bank	25
VI.) Die Verpflichtungen des Deponenten	26
 F.) Das offene Depot	 28
I.) Die Rechtsnatur des offenen Depots	28
II.) Die Vertragsobjekte des offenen Depots	30
1.) Die spanischen Wertpapiere	30
a.) Die Terminologie der spanischen Wertpapiere	30
b.) Die Grundlagen des spanischen Wertpapierrechts	32
c.) Für das Depotgeschäft wichtige Besonderheiten des spanischen Wertpapierrechtes gegenüber dem deutschen	34
aa.) Die Übertragung von Wertpapieren	34
bb.) Das Decret vom 19. Sept. 1936	35
cc.) Die Póliza	38
dd.) Die Rechtsnatur der Póliza	38
ee.) Die "Irrevindicabilidad" von Wertpapieren	39
d.) Spanische Wertpapiere, die in das Depot genom- men werden	40
2.) Die ausländischen Wertpapiere	43
a.) Ausländische Wertpapiere, die an einer spanischen Börse notiert werden	43
b.) Ausländische Wertpapiere, die nicht in Spanien notiert werden	43
III.) Das Zustandekommen und die Form des Vertrages	45
1.) Das Zustandekommen des Vertrages	45
2.) Die Form des Vertrages	46
a.) Die Funktion des "Resguardo de Depósito" als Beweisurkunde	47
b.) Die "Notas Numéricas"	48
c.) Die Beurkundung des Nießbrauchrechtes	49

3.) Die Prüfungspflichten der Bank bei Errichtung des Depots	49
4.) Die Depotklausel	50
IV.) Die Vertragspartner	51
V.) Der Vertragsinhalt	51
1.) Die Verpflichtungen der Bank	51
a.) Die Obhut und Verwahrung der Wertpapiere	52
aa.) Die Methoden der Verwahrung	52
bb.) Der Verwahrungsort	53
cc.) Die Drittverwahrung	54
aa'.) Die Drittverwahrung in Spanien	54
bb'.) Die Drittverwahrung im Ausland	55
b.) Das Verbot, sich der deponierten Wertpapiere zu bedienen	56
aa.) Die sog. "Cuenta de efectos"	58
bb.) Das Depotstimmrecht	59
aa'.) Die gesetzliche Regelung des Depotstimmrechtes	59
bb'.) Das Funktionieren des Art. 60 LSA in der Praxis	60
cc'.) Die Ausübung des Depotstimmrechtes	61
dd'.) Die Stellung des Aktionärs bei dem Depotstimmrecht	62
c.) Die Rückgabeverpflichtung	64
aa.) Der Zeitpunkt der Rückgabe	64
bb.) Der Gegenstand der Rückgabe	65
cc.) Die Sorgfalts- und Kontrollpflichten der Bank bei der Rückgabe	66
dd.) Die Haftung der Bank	69
ee.) Die Rückgabeverpflichtung nach Übertragung des Resguardo de Depósito	74
aa'.) Die Übertragung des Resguardo de Depósito	75
bb'.) Die Auswirkungen des Decrets vom 19. Sept. 1936 auf die Übertragung des Resguardo de Depósito	78
ff.) Die Rückgabe an Dritte	79
gg.) Die Rückgabe bei mehreren Deponenten	80
hh.) Die Rückgabe an einen Vertreter	81

	Seite
ii.) Die Rückgabe an die Erben	82
kk.) Die Rückgabe an Geschäftsunfähige	83
ll.) Die Rückgabe nach Verlust des Resguardo de Depósito	85
d.) Die Verwaltung der Wertpapiere	86
aa.) Das Einziehen der Zinsen und Dividenden	87
bb.) Das Einziehen der Zinsen und Dividenden, wenn die Wertpapiere mit einem Nießbrauchrecht belastet sind	88
cc.) Das Durchführen der notwendigen Handlungen, damit die deponierten Wertpapiere die Rechte, die ihnen zustehen, behalten	88
aa'.) Die Zahlung der passiven Dividenden	89
bb'.) Die Zahlung der passiven Dividenden, wenn die deponierten Aktien mit einem Nießbrauchrecht belastet sind	90
cc'.) Die Ausübung des Bezugsrechtes auf Aktien bei Erhöhung des Gesellschaftskapitals	90
dd'.) Die Ausübung des Bezugsrechtes, wenn die deponierten Wertpapiere mit einem Nießbrauchrecht belastet sind	91
ee'.) Die Auswirkungen des Bestehens eines Nießbrauchrechtes, wenn neue Aktien im Wege der Dividendenaus-schüttung oder unter Belastung der Reserven verteilt werden	92
dd.) Die Haftung der Bank bei der Verwaltung der Wertpapiere; die Bedeutung der Befreiungsklauseln	93
2.) Die Verpflichtungen des Deponenten	96
a.) Die Bezahlung der Depotgebühren	96
b.) Das Zurückhaltungsrecht der Bank	96
VI.) Das Erlöschen des Depotvertrages	98

VII

	Seite
I.) Die Verpfändung von Wertpapieren gemäß Art. 320 ff C. de c.	100
II.) Die Verpfändung von Wertpapieren, die sich im Depot einer Bank befinden	101
 H.) Die Kontrollfunktion der Banco de España	 104
 J.) Der Konkurs der Depotbank	 106
 K.) Das Funktionieren des spanischen Wertpapierrechtes in der Praxis	 108
 L.) Reformvorschläge	 111
 M.) Zusammenfassung und Ergebnis	 113
 Anhang	 I
I.) Art. 6 - 10 der Estatutos del Banco de España	II
II.) Art. 31 - 45 des Reglamento del Banco de España	V
III.) Art. 303 - 310 des Código de Comercio	XI
IV.) Art. 1758 - 1784 des Código civil	XIII

LITERATURVERZEICHNIS

- Avilés Cucurella y Pou de Avilés, J. - M. , Derecho mercantil, Barcelona, 1959
- Beltrán, L. , Diccionario de Banco y Bolsa, Barcelona, Madrid, Bogotá u. a. , 1969
- Bérgamo, A. , Sociedades Anónimas (Las acciones), Bd. I - III, Madrid, 1970
- Blanco Constans, F. , Estudios de Derecho mercantil, Bd. III, Madrid, 1950
- - -, El negocio jurídico, Madrid, 1967
- Bofaruell y Romaná, M. , El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios (Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1947
- Broseta Pont, M. , Hacía una más fácil negociación y administración de los valores mobiliarios al portador, Valencia, 1967
- - -, Problemática jurídica de la custodia, compensación y administración de valores a través de una entidad de depósito, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 109 ff
- - -, Estudios de Derecho Bursátil, Madrid, 1971
- Cadabal, Títulos al portador, Revista de Derecho Privado, 1925, S. 54 ff
- Castán Tobeñas, J. , Derecho civil español, común y foral, Bd. I, Vol. II, 8. Ausg. Madrid, 1952; Bd. III, 7. Ausg. , Madrid, 1951; Bd. IV, 9. Ausg. (In Zusammenarbeit mit Cavillo), Madrid, 1961
- Castro y Bravo, F. de, Derecho civil de España, Bd. I, 3. Ausg. , Madrid 1955; Bd. II, 2. Ausg. , Madrid, 1949
- Dato, E. , Consulta sobre el depósito mercantil en caso de quiebra, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1921, S. 275 ff
- Demoque, R. , La transferencia de propiedad en las ventas en bolsa de valores mobiliarios, Revista de Derecho Privado, 1934, S. 1 ff
- Domingo Tarrio, Depósitos indistintos, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 1927, S. 811 ff

- Duque Domínguez, J. F., El contrato al contado, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 195 ff
- Espín, E., Manual de Derecho civil español, Bd. I - V, Madrid, 1970
- Fernández-Novoa, C., Algunas consideraciones en torno al incumplimiento de las operaciones bursátiles, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 299 ff
- García Amigo, M., Sobre la naturaleza de las condiciones generales en los contratos, Revista de Derecho Privado, 1965, S. 701
- - -, En torno al Art. 310 del Código de Comercio, Revista de Derecho Privado, 1964, S. 836 ff
- - -, Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid, 1965
- Garrigues, J., El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1932, S. 81 ff
- - -, Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas, Madrid, 1933
- - -, Acciones en usufructo y en prenda, Revista de Derecho Privado, 1942, S. 437 ff
- - -, Los títulos-valores, Revista de Derecho Mercantil, 1951, S. 305 ff
- - -, Contratos Bancarios, Madrid, 1958
- - -, Tratado de Derecho mercantil, Bd. III, Vol. I, Madrid, 1963
- - -, La reforma de la sociedad anónima y el régimen de la Bolsa, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 361 ff
- - -, Curso de Derecho mercantil, Bd. I, 6. Ausg., Madrid, 1972; Bd. II, 5. Ausg., Madrid, 1969
- Gay de Montellá, R., La cuenta de efectos y depósitos bancarios, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1926, S. 427 ff
- - -, Código de Comercio español comentado (Legislación, Jurisprudencia y Derecho comparado), Bd. III, Vol. I, Barcelona, 1936
- - -, Tratado de sociedad anónima, Estudios y comentarios, 3. Ausg. Barcelona, 1962

- Gonzalez de Echávarri y Vivanco, Comentarios al Código de comercio y Jurisprudencia española, 3. Ausg., Bd. III, Valladolid, 1945
- - -, La irreivindicabilidad de los títulos al portador, Revista de Derecho Privado, 1917, S. 69 ff
- Huguet y Campaña, La letra de cambio, cheques, pagarés y talones. Legislación. Jurisprudencia. Formularios, 5. Ausg., Madrid, 1969
- Infante, La venta de derechos de suscripción de nuevas acciones, Revista de Derecho mercantil, 1946, Bd. I, S. 164 ff
- Isorna Artime, E., La banca comercial y los coeficientes legales, Madrid, 1972
- Izquierdo Montoro, E., Temas de Derecho mercantil, Madrid, 1971
- Juglart, M. de, et Ippolito, B., Cours de Droit commercial, Bd. I, 3. Ausg., Paris, 1968
- Lacruz Berdejo, J. L., Sucesión universal, Sucesión a título de heredero y designación heredero, Revista de Derecho Notarial, 1961, S. 41 ff
- Laguna Ibañez, Sobre el depósito irregular mercantil, Revista Jurídica de Cataluña, 1959, S. 7 ff
- Lalaguna, La relación entre Derecho civil y Derecho mercantil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1968, S. 418 ff
- Langle y Rubio, E., Manual de Derecho mercantil español, Bd. III, Barcelona, 1959
- Maldonado, J., Hacía una más fácil negociación y administración de los valores mobiliarios al portador, Valencia, 1967
- Manresa y Navarro, Comentarios al Código civil español, Bd. I - XI, Madrid, 1950
- Martínez de la Fuente, J., El derecho de usufructo de acciones de sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones, Revista de Derecho Mercantil, 1947, Bd. II, S. 7 ff

- Martínez Sarrión, A. , Si la posesión de los resguardos de depósito de valores entraña la propiedad de las acciones, *Revista de Derecho Privado*, 1965, S. 3 ff
- Martín-Rotorillo, Notas sobre el concepto de frutos, *Revista de Derecho Privado*, 1932, S. 86 ff und 350 ff; 1934, S. 318 ff
- Pala Berdejo, Contribución al estudio de los títulos nominativos, *Revista de Derecho Mercantil*, 1951, S. 305
- Pedrol Riuz, A. , El derecho de voto y el interés en la sociedad anónima, *Revista de Derecho Privado*, Bd. XLVIII, S. 489
- Pellisé Prats, B. , La irreivindicabilidad de los títulos al portador y su denuncia como sustraídos o extraviados, *Revista de Derecho Mercantil*, 1951, S. 47 ff
- - - , "Depósito", in *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, (Seix), Bd. IV, Barcelona, 1954
- Pérez Gonzalez y Alguer, Anotaciones al Derecho de Obligaciones von Enneccerus und Lehmann, Bd. II. , 2. Ausg. , Spanische Übersetzung, Barcelona, 1950
- Polo Díez, A. , Ante una nueva reforma de la sociedad anónima, Barcelona, 1965
- - - , La admisión de valores a la cotización oficial, Bilbao, 1970, und in *Coloquio de Derecho Bursátil*, Bilbao, 1970, S. 29 ff
- Polo, E. , Sobre la calificación jurídica del agente de Cambio y Bolsa, *Coloquio de Derecho Bursátil*, Bilbao, 1970, S. 335 ff
- - - , Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio, Barcelona, 1972
- Puig Bruteau, J. , Fundamentos de Derecho civil, Bd. II, Vol. I und II, Barcelona, 1956
- Puig Peña, F. , Tratado de Derecho civil español, Bd. IV, Bol. I und II, Madrid, 1958
- Ripert, G. , *Traité élémentaire de droit commercial*, 8. Ausg. von René Roblot, Bd. II, Paris, 1974
- Robles Alvarez, J. , Los títulos de tradición en el Derecho español, *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, S. 191 ff

Rubio, J. , Introducción al Derecho mercantil, Barcelona, 1961

Sánchez Calero, F. , Instituciones de Derecho mercantil, Bd. II, Valladolid, 1969

Sánchez Torres, E. , Usufructo de acciones de sociedades mercantiles, Revista de Derecho Mercantil, 1942, S. 25 ff

Santos, V. , El contrato bancario, Bilbao, 1972

Santos Briz, J. , Legislación civil española, Código civil, Bd. I und II, Madrid, 1965

Soto Nieto, F. , El caso fortuito y la fuerza mayor, Barcelona, 1965

Suarez de Figueroa, F. , Usufructo de acciones de sociedades mercantiles, Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946

- - -, Comentarios sobre el derecho del accionista de compañías mercantiles a suscribir nuevas acciones cuando están separados el usufructo y la nuda propiedad, Revista de Derecho Mercantil, 1947, Bd. II, S. 249 ff

- - -, Algo sobre el depósito de valores en los Bancos, Revista General de Derecho, 1950, S. 151 ff

Uría Gonzalez, R. , El derecho de voto del accionista, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1943, S. 3 ff

- - -, (En colaboración con Garrigues), Dictamen sobre la quiebra de Barcelona, Light & Power C. Ltd. , Barcelona, 1953

- - -, Derecho Mercantil, 8. Ausg. , Madrid, 1972

- - -, Consideraciones sobre la Fé Pública Mercantil, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 121 ff

Velasco, A. , La teoría sobre novación de valores mobiliarios, Revista de Derecho Mercantil, 1952, S. 7

Verdera y Tuells, E. , Aspectos típicos del contrato bursátil en el nuevo Reglamento de Bolsas de Comercio español, Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, S. 152 ff

Vicente y Gella, A. , Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo, 2. Ausg. , Zaragoza, 1942

- - -, Curso de Derecho mercantil comparado, Bd. I und II, 2. Ausg. , Zaragoza, 1942

XIV

Villar y Romero, J. M. , Derecho mercantil, 4. Aug. , Madrid, 1971

Villavicencio, F. F. , Usufructo de acciones de sociedades anónimas, Anuario de
Derecho civil, 1952, S.1187

Viñas, P. , Más sobre el derecho de retención, Revista de Derecho Privado, 1923,
S.1 ff

Bei den Zitaten der Entscheidungen des Tribunal Supremo wurde, dem spanischen Brauch entsprechend, nur das Datum angegeben. Hiermit können diese Entscheidungen in der offiziellen Entscheidungssammlung exakt aufgefunden werden.

Wörtliche Zitate wurden in Übersetzung wiedergegeben. Der Urtext wurde nur dann beibehalten, wenn dies notwendig erschien, um den genauen Sinn völlig zu bewahren.

Die Übersetzung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften wurde dieser Arbeit angefügt, da diese Normen in Deutschland nur unter Schwierigkeiten verfügbar sind.

A.) EINLEITUNG

Das vorliegende Thema betrifft einen kleinen Ausschnitt aus dem großen Gebiet des Bank- und Börsenrechtes, einer Materie, die im modernen Wirtschaftsleben mehr und mehr an Bedeutung gewinnt. Trotz ihrer Wichtigkeit wurde sie in Rechtsprechung, Lehre und auch in der spanischen Gesetzgebung bis vor einigen Jahren immer stiefmütterlich behandelt. Anstatt zu erkennen, daß durch die Anforderungen der modernen Wirtschaft an die Banken immer wieder von neuem althergebrachte Rechtsauffassungen überdacht werden müssen, kennzeichnen im spanischen Recht dieses Rechtsgebiet geradezu die Versuche, allgemeine zivil- und handelsrechtliche Grundsätze ohne Berücksichtigung der konkreten Besonderheiten auch hier anzuwenden.

Die schwierige und mühevoll Handhabung der bislang gefundenen Lösungen in der Praxis und die hieraus teilweise resultierende Rechtsunsicherheit hat zu einer Anzahl von Untersuchungen geführt, die zu einer größeren Durchsichtigkeit und Klarheit der auftauchenden Probleme beigetragen haben. Das Depotgeschäft wurde bisher nur im Rahmen der übrigen Bankverträge erörtert, obwohl gerade ihm wegen der immensen wirtschaftlichen Bedeutung des Wertpapiermarktes eine besonders hervorragende Stellung zuzuerkennen ist. Die Inhaber der deponierten Wertpapiere müssen die Sicherheit haben, jederzeit über diese verfügen und sie auch wieder auf Wunsch zurückerhalten zu können. Ihre Interessen müssen durch eine exakte Verwahrung gewahrt und ein Mißbrauch des Depotstimmrechtes muß möglichst vermieden werden. Fehlen diese Voraussetzungen, so kann dies zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Banken führen, wie dies erst vor einigen Jahren in Spanien geschah. Mangels irgendeiner gesetzlichen Regelung spekulierten die Banken mit ihren eigenen Wertpapieren wie mit den Wertpapieren ihrer Kunden - teilweise sogar ohne deren Wissen -, und daraufhin machte die Banco de Barcelona im Jahre 1940 Konkurs. Als Folge dieses Ereignisses wurde die Ley vom 23. Febr. 1940 erlassen, die den Grundstein der jetzt bestehenden Regelung bildet, und deren ausschließliches Ziel die Sicherheit der Inhaber von deponierten Wertpapieren ist.

Das Trauma dieses Konkurses, das lange Zeit den Rechtszustand erstarren ließ, scheint inzwischen überwunden, und in den letzten Jahren ist eine Diskussion über eine mögliche Neuregelung des Depotrechtes in Gang gekommen. Diese Diskussion ist notwendig. Das jetzt bestehende System ist zu umständlich und kostspielig und bewegt sich sogar manchmal außerhalb der Legalität. Das Anliegen dieser Arbeit soll daher der Versuch sein, das Depotgeschäft in seiner heutigen Form aufzuzeichnen und somit die bestehende Rechtslage zusammenhängend

zu verdeutlichen, wobei angesichts dieser Diskussion die Punkte herausgearbeitet werden sollen, die änderungsbedürftig erscheinen, und an denen sich ein Meinungsstreit entzündet hat, wie dies z. B. bei der Frage der Regelung des Depotstimmrechtes der Fall ist. Besondere Betonung wird auch auf die Fragen der Haftung gelegt, die in der Praxis erfahrungsgemäß die wichtigsten sind, was gerade die zahlreichen Entscheidungen des Tribunal Supremo zu diesem Punkt zeigen. Weiterhin ist es erforderlich, die dogmatische Stellung der Verwaltungsverpflichtung der Bank festzulegen, da hier zwischen dem tatsächlichen und dem gesetzlich geforderten Rechtszustand ein Unterschied besteht.

Die Darstellung des spanischen Wertpapierdepots ist auch außerhalb von Spanien von Bedeutung. Im Rahmen einer ständig wachsenden internationalen Verflechtung der wirtschaftlichen Beziehungen wird dieses Land immer mehr in Europa integriert, und der nationale Rahmen, der bisher wesentlich das Bild dieses Depots bestimmte, kann in Zukunft gesprengt werden. Auf anderen Gebieten ist dies bereits in den vergangenen Jahren durch den stark ansteigenden Geldverkehr auf Grund der großen Investitionen von ausländischem Kapital geschehen. All dies erfordert die Transparenz der bankinternen Vorgänge und der Bankgeschäfte mitsamt ihren Auswirkungen auch außerhalb der jeweiligen Landesgrenzen.

B.) GRUNDBEGRIFFE DES SPANISCHEN DEPOTGESCHÄFTES

1.) Die Bedeutung von "depósito"

Der deutsche Begriff "Depotgeschäft" ist in dem "Gesetz über das Kreditwesen" vom 10. Juli 1961 definiert. Danach handelt es sich um ein Bankgeschäft, das die "Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere" umfaßt. Die Betrachtung dieses Vertrages soll das Anliegen dieser Arbeit sein.

Der Begriff des Depotgeschäftes, der "Contrato de Depósito" ist im spanischen Recht sehr viel weiter als im deutschen. Er umfaßt zwar auch die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere, schließt aber gleichzeitig auch Geschäfte in sich ein, die sich davon sehr unterscheiden, wobei er die verschiedensten Formen annimmt, die jeweils durch die Erfordernisse dieser Geschäfte und durch die Notwendigkeiten des Verkehrs bedingt sind.¹⁾ Überträgt man nämlich "contrato de depósito" wieder zurück ins Deutsche, so ergibt sich, daß dies "Verwahrungsvertrag" bedeutet, daß also das Depotgeschäft im spanischen Recht als ein Verwahrungsvertrag angesehen wird.²⁾ Eine der Modalitäten dieses Verwahrungsvertrages ist die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere. Hierfür existieren allerdings auch genauere Bezeichnungen wie z. B. "depósito administrado",³⁾ "depósito abierto",⁴⁾ "depósito de títulos-valores",⁵⁾ "depósito de custodia"⁶⁾ und noch andere, die jedoch alle - unter Betonung von unterschiedlichen Aspekten dieses Vertrages - dasselbe ausdrücken.

1) Uría, Derecho Mercantil, S. 655.

2) Die Begriffe depósito, Depot und Verwahrung werden im Rahmen dieser Untersuchung als Synonyme gebraucht werden, da auch in der spanischen Rechtssprache für die zivil- und handelsrechtliche Verwahrung und für das Depotgeschäft im eben beschriebenen Sinne nur ein Ausdruck existiert.

3) Z. B. Garrigues, Contratos Bancarios, S. 425; die meisten Autoren verwenden aber mehrere dieser Begriffe miteinander.

4) Z. B. Langle y Rubio, Manual de Derecho mercantil, Bd. III, S. 433.

5) Z. B. Sánchez Calero, Instituciones de Derecho mercantil, Bd. II, S. 121.

6) Z. B. Izquierdo Montoro, Temas de Derecho mercantil, S. 791, wo auch noch "depósito transmisible de valores" und "depósito de efectos en custodia" verwandt wird.

II.) Der Depotvertrag als handelsrechtlicher Vertrag

Bei der Verwahrung wird zwischen zivil- und handelsrechtlicher Verwahrung unterschieden. Bei dem Verwahrungsvertrag mit dem Inhalt, Wertpapiere zu verwahren und zu verwalten, handelt es sich um einen handelsrechtlichen Verwahrungsvertrag. Gesetzlich geregelt wird die handelsrechtliche Verwahrung in den Art. 303 - 310 des Código de comercio von 1885.¹⁾ Dabei geht der Código de comercio vom zivilrechtlichen Begriff der Verwahrung aus und sagt nur, wann sie handelsrechtlicher Natur sein soll.²⁾ Die grundlegende zivilrechtliche Regelung findet sich in den Art. 1758 - 1784 des Código civil von 1888.³⁾ Der Código de comercio ist nach herrschender Meinung *lex specialis* zum Código civil, so daß die Bestimmungen des Código civil gem. Art. 2 und 50 des C. de c. immer dann zur Anwendung kommen, wenn nichts anderes bestimmt ist.⁴⁾

Die freiwillige Verwahrung ist ein Vertrag, im Verlauf dessen "un ome de a otro su cosa fiandose en el" entsprechend der Definition der Ley 1.^a, título 3.^o, Partida 5.^a, dem historischen Vorgänger des Art. 1758 C. c. Hiernach entsteht gem. Art. 1766 C. c. die doppelte Verpflichtung des Verwahrers, die zu verwahrende Sache zu bewachen und sie entweder demjenigen, der sie übergeben hat, seinen Erben oder der vertragsmäßig bestimmten Person zurückzugeben.⁵⁾ Das Tribunal Supremo hat weiterhin bei der Definition des Wesens und der Rechtsnatur des handelsrechtlichen Depotvertrages hervorgehoben, daß die Fremdheit der deponierten Sache ein notwendiges und wichtiges Erfordernis des zivil- und handelsrechtlichen Verwahrungsvertrages sei, und daß sich der Verwahrer ihrer ohne

1) Übersetzung dieser Vorschriften im Anhang.

2) Langle y Rubio, aaO, S. 353.

3) Übersetzung dieser Vorschriften im Anhang.

4) Garrigues, Curso de Derecho mercantil, Bd. I, S. 24 ff stellt die h. M. und die übrigen Meinungen wie z. B. die "teoría del derecho excepcional", die "doctrina civilista", die "doctrina mercantilista", die "doctrina de unificación de obligaciones" und die verschiedenen gemischten Theorien dar; hierzu auch Rubio, Introducción al Derecho mercantil, S. 12 ff; Uría, aaO, S. 15 ff; Langle y Rubio, aaO, Bd. I, S. 68 ff; Lalaguna, La relación entre Derecho civil y Derecho mercantil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1968, S. 418 ff.

5) So die ständig wiederholte Definition des Tribunal Supremo in seinen Entscheidungen wie z. B. vom 21. Mai 1896; 18. März 1911; 20. Jan. 1915; 19. Okt. 1925; 29. Dez. 1927; 16. Jan. 1929; 19. Febr. 1930 u. a. (Eine besondere handelsrechtliche Rechtsprechung existiert seit dem Decreto-Ley de unificación de fueros vom 6. Dez. 1868 nicht mehr.)

Erlaubnis oder Genehmigung des Deponenten nicht bedienen dürfe, andernfalls dieser Vertrag erlischt ¹⁾ (s. auch Art. 1768 C. c. und Art. 309 C. de c.). Ausserdem ist es unabdingbare Voraussetzung, daß der Verwahrer immer die Verpflichtung hat, die deponierte Sache zu bewahren, so wie er sie empfangen hat, um sie zurückzugeben, wenn er darum ersucht wird. ²⁾ Die Definition der Literatur stimmt mit der der Rechtsprechung überein. ³⁾

Im Código de Comercio ist in Art. 303 festgelegt, wann Verwahrungsverträge handelsrechtlicher Natur sein sollen. Im einzelnen sind folgende Voraussetzungen erforderlich:

1. Art. 303 Nr. 1: Das Verwahrungsgeschäft muß unter Kaufleuten zustande kommen, bzw. es muß zumindest der Verwahrer Kaufmann sein, der sich in seiner kaufmännischen Tätigkeit der Verwahrung von Sachen widmet, d. h. es muß zu der Art von Handlungen gehören, die die Tätigkeit dieses Kaufmannes ausmachen. ⁴⁾
2. Art. 303 Nr. 2: Der Begriff der Waren, die Gegenstand des Vertrages sein können, wird durch das Gesetz nicht besonders eingeschränkt, und ausdrücklich wird die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren in Art. 308 C. de c. hinzugezählt. ⁵⁾

1) Z. B. Tr. S. vom 20. Jan. 1915; 16. Jan. 1929; 8. Juni 1957 u. a.

2) Z. B. Tr. S. vom 28. Nov. 1896; 31. Jan. 1956; vgl. auch Art. 1766 C. c.

3) Querol Bellido in Beltrán, Diccionario de Banco y Bolsa "Depósito de valores", S. 505; Uría, aaO, S. 654; Langle y Rubio, Manual, Bd. III, S. 353; Garrigues, Curso, Bd. II, S. 136; Gay de Montellá, Código de comercio español comentado, Bd. III, Vol. I, Art. 303; Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, Bd. IV, Vol. II, S. 419 definiert genauer, denn in der gesetzlichen Definition sei die vordringliche Obhutspflichtung nicht ausreichend betont: "Es aquel contrato por cuya virtud una persona entrega a otra de su confianza una cosa, con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquella se la reclame"; dieser Definition schließt sich ebenfalls Puig Bruteau, Fundamentos de Derecho civil, Bd. II, Vol. II, S. 443 an. Im Einklang hiermit steht auch die Definition der Ley de Partidas (Ley 1.ª, título 3.º, Partida 5.ª): "El depositario es tenido de guardar bien e lealmente, de guisa que non se pierda nin se empeore por su culpa nin por su engaño."

4) So die Entscheidungen des Tr. S. vom 20. Jan. 1915; 16. Jan. 1929; in diesem Sinne auch die Entscheidung vom 8. Juni 1957; hierzu auch Garrigues, aaO, S. 136; Gay de Montellá, aaO, Art. 303.

5) Garrigues, aaO; gemäß der Entscheidung des Tr. S. vom 16. April 1941 können allerdings "cosas inmateriales" nicht Gegenstand eines Depotvertrages sein.

3. Art. 303 Nr. 3: Die Verwahrung muß für sich alleine eine Handelstätigkeit sein oder als Grund oder Konsequenz einer solchen durchgeführt werden. Angesichts dieser Voraussetzung des Art. 303 Nr. 3 ist die Nr. 1 dieses Artikels unnütz und unlogisch (subjektive Voraussetzung) bei einem Gesetz, das sich selbst als objektiv qualifiziert (Art. 2 I C. de c.).¹⁾

Zustande kommt der Depotvertrag durch die Aushändigung der zu verwahrenden Sache an den Verwahrer, Art. 305 C. de c. Nach herrschender Meinung wird damit seine Natur als Realvertrag festgelegt.²⁾ Nach Art. 304 C. de c. ist die handelsrechtliche Verwahrung im Gegensatz zur zivilrechtlichen (Art. 1760 C. c.) entgeltlich. Dies bedeutet, daß es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt.³⁾ Das praktisch bedeutungsvollste Charakteristikum des Depotvertrages mit dem Inhalt, Wertpapiere zu verwahren und zu verwalten, ist jedoch, daß es sich immer um einen "depósito regular", einen regularen Depotvertrag handelt, daß also immer körperlich genau dieselben Wertpapiere wieder zurückgegeben werden müssen, die ins Depot genommen wurden.⁴⁾

III.) Der Bankdepotvertrag

Der Depotvertrag erfährt seinem Wesen nach dadurch keine Änderung, daß er auf einer Bank errichtet worden ist und es sich um einen "depósito bancario" handelt.⁵⁾ Dennoch hat dieser Gesichtspunkt große Bedeutung. Die Auswirkungen auf den Depotvertrag sind folgende:

1. Er qualifiziert sich durch die Person des Verwahrers: Es muß sich immer um eine Bank oder einen Bankier handeln.⁶⁾ Dies würde allein schon genügen,

1) Zu der Kritik an Art. 303 C. de c. vgl. auch Vicente y Gella, *Curso de Derecho mercantil comparado*, Bd. II, S. 95.

2) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, *Comentarios al Código de comercio y Jurisprudencia española*, Bd. III, S. 412; Villar y Romero, *Derecho mercantil*, S. 40; Langle y Rubio, *aaO*, S. 354; Garrigues, *Curso*, Bd. II, S. 156.

3) Garrigues, *aaO*; Villar y Romero, *aaO*; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, *Derecho mercantil*, S. 575.

4) Uría, *aaO*, S. 654; Langle y Rubio, *aaO*, S. 431; Garrigues, *Contratos Bancarios*, S. 409, 410.

5) Uría, *aaO*; Langle y Rubio, *aaO*.

6) Zu der Definition der Bank Garrigues, *Curso*, Bd. I, S. 79 ff; zur Abgrenzung zu den sonstigen Geldinstituten Santos, *El contrato bancario*, S. 90 ff.

um ihn als handelsrechtlichen Vertrag anzusehen, aber es fehlen auch die beiden anderen Voraussetzungen des Art. 303 C. de c. nicht: die deponierten Sachen sind "objetos de comercio", und die Tätigkeit ist handelsrechtlicher Natur, da sich die Bank dieser Art von Geschäften widmet.¹⁾ Ihre Tätigkeit ist organisiert und auf große Massen von Depotgegenständen gerichtet.

2. Die Bestimmungen des Código de Comercio regeln diesen Vertrag nur mehr an zweiter Stelle. Wenn er mit einer Bank abgeschlossen wurde, richtet er sich in erster Linie nach der Satzung, den "Estatutos" dieser Bank, Art. 310 C. de c.²⁾
3. Dadurch, daß allein Wertpapiere Objekte des Vertrages sind, nimmt der Wertpapierdepotvertrag besondere Züge an, die ihn von anderen Depotverträgen durch die Erfordernisse unterscheidet, welche diese bedingen.³⁾

IV.) Terminologische Abgrenzung

Ähnlich wie in der französischen Rechtssprache hat sich auch in Spanien eine Doppeldeutigkeit bei dem Begriff "depósito" eingebürgert. Unter "depósito bancario" wird heute in erster Linie ein "depósito irregular", eine irreguläre Verwahrung mit dem Inhalt verstanden, daß Geld auf einer Bank verwahrt wird.⁴⁾ Grund dafür war, daß noch im Mittelalter beim "Geldsummendepot" der Depositar vielfach nicht über dieses Geld verfügen durfte, und so tatsächlich eine reguläre Verwahrung vorlag, während später nur noch dieselbe Summe Geldes zurückgezahlt werden mußte.⁵⁾ Selbst der Código de Comercio bestimmt in Art. 309 (ebenso Art. 1768 C. c.), daß dann, wenn der Depositar über die hinterlegten Wertpapiere verfügen darf, der Depotvertrag erlöscht, und an seine Stelle ein Darlehens-, Leih- oder Kommissionsvertrag oder u. U. ein an-

1) So auch z. B. Nr. 1 der Condiciones Generales del Banco Commercial Transatlántico (AGB), die besagt, daß alle Handlungen, die die Bank vornimmt, immer als solche von handelsrechtlicher Natur betrachtet werden müssen.

2) García Amigo, En torno al Art. 310 del Código de comercio, Revista de Derecho Privado 1965, S. 836 ff; Garrigues, Contratos Bancarios, S. 405.

3) Uría, aaO, S. 655.

4) Uría, aaO, S. 654; Roldán in Beltrán, aaO, "Depósito Bancario", S. 501.

5) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 403; Vicente y Gella, aaO, S. 97.

derer Vertrag tritt.¹⁾ Dieser Gebrauch des Begriffes "depósito bancario" hat dazu geführt, daß der Name "Banco de Depósito" nicht auf eine Bank hinweist, die hauptsächlich Wertpapiere verwahrt und verwaltet, sondern auf eine Bank, bei der Geld verwahrt wird.²⁾

Auch die "Caja General de Depósitos" hat nichts mit dem hier zu untersuchenden Depotgeschäft zu tun. Hier handelt es sich um eine zentrale Einrichtung, die z. B. dazu dient, dort Geld oder andere Gegenstände im Rahmen einer Sicherheitsleistung zu hinterlegen.³⁾

Um Abgrenzungsschwierigkeiten beim Begriff "depósito" zu vermeiden, hat Uría für das eigentliche Depotgeschäft (also lediglich Verwahrung ohne Verfügungsmöglichkeit über die verwahrten Gegenstände) im Gegensatz zum Geldsummen-depot die Unterscheidung "depósito de custodia" und "depósito de uso" geprägt.⁴⁾ Beide Begriffe haben Anerkennung gefunden, obwohl "depósito de custodia" eigentlich ein Pleonasmus ist, denn es ist überflüssig bei einem Verwahrungsvertrag noch hinzuzufügen, daß ein Vertrag vorliegt, der auch zur Obhut verpflichtet. So wird z. B. in den Formblättern und Vordrucken der Banken das Wertpapierdepot "depósito de custodia" genannt.

V.) Die unterschiedlichen Depotarten

Nur bei einer bestimmten Depotart werden die Wertpapiere auch verwaltet, und zwar beim "depósito abierto", "depósito administrado" oder ähnlich. Keine Verwaltung findet dagegen statt beim "depósito cerrado", dem verschlossenen Depot. Obwohl in der Bankpraxis der Safevertrag das verschlossene Depot verdrängt, soll es dennoch der Vollständigkeit halber in seinen Grundzügen behandelt werden, da es sich hierbei immer um eine klassische Form des Depotvertrages handelt.

1) Wegen Art. 310 C. de c., der den Banken die Möglichkeit gibt, Art. 309 C. de c. abzubedingen, kommt hier beim Gelddepot dennoch ein "depósito irregular" in der Praxis zustande; hierzu Laguna Ibañez, Sobre el depósito irregular mercantil, Revista Jurídica de Cataluña, 1959, S. 7 ff; Garrigues, El depósito irregular y su aplicación en el derecho mercantil, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1932, S. 81 ff.

2) Roldán, aaO; Garrigues, Curso, Bd. II, S. 162.

3) Vgl. Art. 44 Reglamento del Banco de España.

4) Uría, aaO, S. 654.

C.) VORLÄUFER DES HEUTIGEN DEPOTVERTRAGES

Abgesehen von entfernten Vorläufern finden sich Spuren von Depotverträgen in Rom. Hier standen auf der Depositarseite einerseits die Heiligtümer (religiöse Orte, heidnische Tempel, christliche Kirchen, je nach Epoche).¹⁾ Die Unverletzlichkeit der geheiligten Orte erschien den Hinterlegern als Garantie gegenüber den ihren deponierten Gütern möglicherweise drohenden Gefahren.²⁾ Diese Depots stellten sich entsprechend den mit ihnen verfolgten Zwecken in verschiedenen Arten dar: reine Bewachungsdepots, Depot als Mittel der Hinterlegung im Falle eines Rechtsstreites und Depots als Mittel, um von Verpflichtungen frei zu werden.³⁾ Sie wurden hauptsächlich als offene Depots abgeschlossen, obwohl auch geschlossene Depots existierten.⁴⁾

Auf der anderen Seite, aber erst in zweiter Linie, empfangen auch die römischen Bankiers (*argentarii*) Depots, die allerdings meistens in geschlossener Form zustande kamen.⁵⁾ Der Verwahrer durfte nie von den übergebenen Sachen Gebrauch machen, andernfalls er sich der *actio furti* ausgesetzt sah.⁵⁾ Während ursprünglich der Verwahrungsvertrag unentgeltlich war, verlangten die Verwahrer später eine Entlohnung für ihre Tätigkeit. Hierdurch änderte sich der Charakter des Vertrages, und aus dem Depotvertrag wurde ein Werkvertrag, bei dem der Verwahrer die Sorgfalt eines *bonus pater familias* (*diligentia in abstracto*) aufbringen mußte.⁶⁾

Auch im Mittelalter wurden die Depots hauptsächlich in Kirchen oder Klöstern durchgeführt, aber die Gesellschaften in Florenz, die in jener Epoche das Bankgeschäft ausübten, empfangen ebenfalls üblicherweise Wertgegenstände in offenen Depots, die z. B. von den Befehlshabern der Truppen errichtet wurden, bevor sie in den Krieg zogen.⁷⁾ Hierbei handelte es sich gleichermaßen immer um regelmäßige Depots, deren Wesensmerkmale denen des Altertums ähnlich waren.⁸⁾

Mit dem Anwachsen der industriellen Expansion, die eine enorme Vergrößerung der Zahl der Wertpapiere mit sich brachte, wurde der Grund für eine neue Bank-

1) Langle y Rubio, aaO, S. 430; Vicente y Gella, Curso, Bd. I, S. 285.

2) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 402.

3) Garrigues, aaO, S. 403.

4) Garrigues, aaO; Langle y Rubio, aaO.

5) Garrigues, aaO.

6) Garrigues, aaO; Vicente y Gella, aaO.

7) Garrigues, aaO, S. 402.

8) Puig Bruteau, La Jurisprudencia como fuente de Derecho, S. 111, 112.

tätigkeit geschaffen, die in dem Depot von Wertpapieren und von Anteilsscheinen bestand, die jetzt in großen Mengen emittiert wurden.¹⁾ Diese neue Modalität des Depots bezeichnete man daraufhin mit dem Namen "Offene Depots", um sie von den alten Depots zu unterscheiden.²⁾ Die alte Form des verschlossenen Depots existierte selbstverständlich weiter.

Eine ausführliche gesetzliche Regelung des Wertpapierdepotgeschäftes hat in Spanien nie bestanden. Das führte dazu, daß schließlich die Form des regelmäßigen Verwahrungsvertrages oft aufgegeben wurde, und Wertpapiere - teilweise sogar ohne Wissen der Hinterleger - wie Geld irregular aufbewahrt wurden. Es entstand die sog. "cuenta de efectos", bei der die Banken über die deponierten Wertpapiere nach Belieben verfügten und mit ihnen spekulierten, bis schließlich als Folge übermäßiger Spekulation die Banco de Barcelona Konkurs machte.³⁾ Daraufhin wurde durch die Ley vom 23. Febr. 1940 diese Form des Depots verboten. Da dieses Gesetz weiterbesteht, existieren heute nur noch regulare Verwahrungsverträge über Wertpapiere.⁴⁾

1) Garrigues, aaO, S. 403; Puig Bruteau, Fundamentos, Bd. II, Vol. II, S. 443.

2) Langle y Rubio, aaO.

3) Garrigues, aaO, S. 403, 404; vgl. unten S. 58 ff.

4) Mantero in Beltrán, Diccionario, "Cuenta corriente de efectos"; Broseta, Hacia una más fácil negociación y administración de los valores mobiliarios al portador, S. 51 ff.

D.) DIE GESETZLICHE REGELUNG

I.) Die Depotgesetze

In Spanien gibt es weder ein eigentliches Bankrecht noch ein dem deutschen Depotgesetz entsprechendes Gesetz.¹⁾ Die handelsrechtliche Verwahrung wird in den Art. 303 bis 310 C. de c. bruchstückhaft geregelt, und damit wird die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren neben anderen Verwahrungstypen ebenfalls erfaßt. Der Código de Comercio schuf lediglich einige allgemeine anachronistische Normen, die zudem noch zivilrechtlicher Prägung sind.²⁾ Nicht geregelt sind die Besonderheiten des Depots in den Banken, die im modernen Geschäftsleben eine überragende Rolle spielen, während die dort ausgestaltete allgemeine handelsrechtliche Verwahrung heute kaum noch eine Bedeutung hat.³⁾ Offensichtlich wollte der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Bestimmungen in Wahrheit lediglich den Depotvertrag als selbständigen Vertrag anerkennen, der im Código de Comercio von 1829 noch dem Kommissionsvertrag gleichgestellt war.⁴⁾

Die wichtigste Bestimmung für das Depotgeschäft ist Art. 310 C. de c. Er lautet:

"Ungeachtet des in den vorhergehenden Artikeln Angeordneten regeln sich die Depots, die in den Banken, den Lagerhäusern, den Kreditanstalten oder in irgendwelchen anderen Gesellschaften errichtet werden, in erster Linie nach der Satzung derselben, in zweiter Linie nach den Vorschriften dieses Gesetzbuches und schließlich nach den Regeln des gemeinen Rechtes, das auf alle Depots Anwendung findet."

Hiermit wird festgelegt, daß das Wertpapierdepot in erster Linie von der Satzung, den "Estatutos" der Banken geregelt wird.

-
- 1) Die drei wichtigsten Bankgesetze sind: die Ley de Ordenación bancaria vom 31. Dez. 1946, die Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca vom 14. April 1962 und die Ley sobre Organización y Régimen del Crédito oficial vom 19. Juni 1971. Durch die nachfolgenden Gesetze wurden die vorhergehenden nur geändert, nicht aber völlig außer Kraft gesetzt.
 - 2) Garrigues, Curso, Bd. II, S. 156, Tr. S. vom 29. Okt. 1966 mwN.
 - 3) Garrigues, aaO.
 - 4) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, Comentarios, Bd. III, S. 412.

Obwohl Art. 310 C. de c. nur von den Estatutos spricht, hat das Tribunal Supremo entschieden, daß auch das Reglamento der Bank "ley del caso" sein kann.¹⁾ Dies gilt gemäß Art. 1091 C. c. iVm Art. 310 C. de c. auch für die Condiciones Generales, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank, die ebenfalls wie das Reglamento den Depotvertrag regeln.²⁾

Ein weiteres Depotgesetz ist die bereits erwähnte Ley vom 23. Febr. 1940, in der die "cuenta corriente de efectos" verboten wird. Damit wurde jede Art von Sammelverwahrung für illegal erklärt.³⁾ Dieses Verbot ist auch heute noch in Kraft.

II.) Art. 310 C. de c.

1.) Die Rechtskraft der Estatutos

Art. 310 C. de c. regelt zwar nicht selbst unmittelbar das Depotgeschäft, aber er setzt unmittelbar das geltende Recht fest, das auf diese Vertragsart anwendbar ist.⁴⁾ Er regelt die Hierarchie der anzuwendenden Normen.⁵⁾ Die auf Grund dieses Artikels geschaffenen Estatutos setzten Rechtsnormen, die noch Vorrang vor dem kodifizierten Recht haben, woraus sich auch ergibt, daß sie selber objektives Recht sind.⁶⁾

2.) Die Normenhierarchie des Art. 310 C. de c.

Die Estatutos sind nicht immer die höchste den Depotvertrag regelnde Rechtsquelle. Gewisse Einschränkungen müssen einmal in dem Sinne gemacht werden, daß sie nicht gegen ius cogens verstoßen oder es gar abändern können.⁷⁾ Es wäre nicht einzusehen, warum hier den Banken die Möglichkeit gegeben werden sollte,

1) Tr. S. vom 19. Nov. 1928.

2) García Amigo, En torno al Art. 310 del Código de comercio, Revista de Derecho Privado, 1965, S. 837.

3) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 411, 412.

4) García Amigo, aaO, S. 839.

5) García Amigo, aaO.

6) García Amigo, aaO; Garrigues, Curso, Bd. I, S. 125.

7) García Amigo, aaO, S. 838; Rubio, Introducción, S. 405.

ihre Verträge im rechtsfreien Raum außerhalb der Gesetzesordnung zu gestalten, und irgendwelche Anhaltspunkte hierfür ergeben sich nicht.

Die Geltung der Estatutos wird weiterhin dann eingeschränkt, wenn die Banken bei Zugrundelegung der Estatutos mit dem Hinterleger besondere Absprachen treffen, die die Estatutos erweitern oder sogar mit ihnen im Widerspruch stehen. Daß dies möglich ist, ergibt sich aus dem im spanischen Recht bestehenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, der den Parteien Abschluß- und Gestaltungsfreiheit gewährt.¹⁾ Wenn solches geschieht, sind die Vertragsnormen, über die sie sich bei Vertragsabschluß geeinigt hatten, eben dadurch objektiviert und zu vorrangigen Rechtsnormen mit Gesetzeskraft zwischen den Parteien geworden (Art. 1091 und 1255 C. c.).²⁾ Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Condiciones Generales und die Reglamentos.

Es ergibt sich somit folgende Normenhierarchie des Art. 310 C. de c.:

1. An erster Stelle steht ius cogens, gleichgültig, wo es anzutreffen ist (z. B. Art. 1255, 1091, 1261 C. c.; besonders bedeutsam: Ley vom 23. Febr. 1940).
2. An zweiter Stelle stehen von den Estatutos abweichende Vertragsklauseln, die durch die Einigung der Parteien Rechtskraft erlangt haben (meistens die AGB).
3. Nun folgen die Estatutos,
4. die Normen des Código de Comercio und
5. die Normen des Código civil in dem Sinne, daß nachfolgende Normen jeweils als lex generalis zur vorhergehenden Vorschrift aufzufassen sind.³⁾

3.) Einschränkungen der Regelungsbefugnisse der Banken

a.) Einschränkungen durch das Wesen des Depotvertrages

Eine bisher in diesem Zusammenhang noch nicht erörterte Frage ist die, ob die Banken bei der Regelung des Depotgeschäftes in ihren Estatutos von dem

1) Vgl. Art. 7 der Estatutos del Banco de España.

2) Rubio, aaO, S. 405.

3) García Amigo, aaO, S. 839.

im Código de Comercio und Código civil geschaffenen Typus des Depotvertrages ausgehen müssen, oder ob ihre Regelungsbefugnisse so weit gehen, daß sie die Wesensmerkmale des Depotvertrages verändern können.¹⁾

Für eine derart weitgehende Ermächtigung der Banken spräche der Wortlaut des Art. 310 C. de c., der ihnen die Möglichkeit gibt, die Regelung "ungeachtet des in den vorhergehenden Artikeln Angeordneten" zu treffen. Allerdings hat der Gesetzgeber den Banken in Art. 310 C. de c. nur das Gebiet des "depósito" zur Gestaltung freigegeben, einen durch Rechtsprechung, Literatur und Handelsbrauch genau bestimmten Rechtsbegriff. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß wenigstens die Mindestanforderungen des Depotvertrages von den Banken respektiert werden müssen. Was allerdings darunter zu verstehen ist, mag fraglich sein. Da es sich beim Wertpapierdepot aber um eine reguläre Verwahrung handelt, sind zumindest einige Mindestanforderungen unstreitig: die verwahrte Sache muß für den Verwahrer fremd sein, er muß eine Obhutspflicht haben, er darf sich ihrer nicht bedienen, und er muß sie wieder zurückgeben.

Ob auch die Verwaltungsverpflichtung der Wertpapiere (und wenn ja, welche Verwaltungstätigkeiten) zu den Mindestanforderungen gehört, ist fraglich. In Art. 308 C. de c. ist bestimmt, daß die Verwahrer von Wertpapieren, die Zinsen oder Dividenden ("intereses") abwerfen, verpflichtet sind, diese bei Fälligkeit einzuziehen und alle notwendigen Handlungen durchzuführen, damit die deponierten Wertpapiere ihren Wert und die Rechte, die ihnen gemäß den gesetzlichen Vorschriften zustehen, bewahren. Sieht man das Wort "depósito" in Art. 310 C. de c. im Lichte dieser Vorschrift, so ergibt sich zweifellos, daß auch gewisse Verwaltungstätigkeiten zu den Mindestanforderungen gehören. Dabei könnte allerdings die Bedeutung von "ungeachtet des in den vorhergehenden Artikeln Angeordneten" (Art. 310 C. de c.) außer acht gelassen worden sein. Es ist daher zunächst zu klären, welche Verwaltungstätigkeiten die Banken als Verpflichtungen in ihren depotrechtlichen Regelungen anerkannt haben, welche Verpflichtungen also unstreitig sind.

Beim Vergleich dieser Regelungen ergibt sich, daß die Banken versprechen, für die Erfüllung der einzelnen Verwaltungshandlungen "Sorge zu tragen", wobei beispielhaft die wichtigsten Tätigkeiten aufgezählt werden.²⁾ Im gleichen Zuge wird jedoch dem Deponenten die Verpflichtung auferlegt, der Bank Bescheid zu geben, wann sie diese Handlungen jeweils vorzunehmen hat. Dennoch verfahren

1) García Amigo, der in dem hier zitierten Aufsatz alle Art. 310 C. de c. betreffenden Rechtsfragen erörtert, läßt das folgende Problem seltsamerweise völlig ohne Erwähnung.

2) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 438.

die Banken tatsächlich nicht so. Sie haben die Gewohnheit, die Deponenten von den Tatsachen zu benachrichtigen, die die Rechte der deponierten Wertpapiere beeinträchtigen könnten.¹⁾ Sie betrachten diese Gewohnheit aber als eine Gewohnheit auf Grund reiner Höflichkeit, die sie zu nichts verpflichtet, da es "nicht eine juristische Gewohnheit ist, und ihr die *opinio iuris vel necessitatis* fehlt".²⁾ Dessenungeachtet - und obwohl darin ein gewisser Widerspruch enthalten ist - finden sich in den Formularen der Banken stets Freizeichnungsklauseln.³⁾

Daneben haben die Banken schon immer einige Verwaltungsverpflichtungen auf sich genommen.⁴⁾ Dazu gehören das Einziehen der Zinsen oder Dividenden (oder Aktien, die im Wege der Dividendenausschüttung verteilt werden) und die Zahlung der passiven Dividenden,⁵⁾ wenn der Deponent genügend Geld auf seinem Konto bei der Depotbank hat. In anderen Fällen handelt es sich aber nicht um die bloße tatsächliche Handlung des Einziehens oder des Bezahlens, die keine konkreten Anweisungen des Hinterlegers oder das vorherige Zurverfügungstellen von Geld durch diesen voraussetzt. Hier handelt es sich um Handlungen, die eine bestimmte Willenserklärung, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder beides voraussetzen. Dies ist z. B. der Fall bei der Bezahlung der passiven Dividenden, wenn der Deponent nicht genügend Geld auf seinem Bankkonto hat, und im Falle des Bezuges von neuen Aktien. In diesen Fällen ist es klar, daß die Bank nicht verpflichtet ist, Gelder vorzuschießen, damit sie das Recht des Hinterlegers der Emissionsgesellschaft gegenüber ausüben kann.⁶⁾ Es fragt sich aber, ob in all den Fällen, in denen eine Tätigkeit des Hinterlegers erforderlich wird, die Bank nicht zumindest eine Informationspflicht ihm gegenüber hat, denn es würde überhaupt keine Verwaltung von Wertpapieren geben, wenn sich ihr Inhaber stets selber darum kümmern müßte. In der Praxis verhalten sich die Banken auch immer entsprechend.

Lediglich die Banco de España hat in Art. 37 ihres Reglamento beim Wertpapierdepot tatsächlich eine Rechtspflicht zur Verwaltung übernommen. Zumindest findet sich hier keine den Freizeichnungsklauseln der übrigen Banken ähnliche Vorschrift. Dies mag jedoch verständlich werden aufgrund der Tatsache, daß es

1) Garrigues, aaO, S. 437.

2) Garrigues, aaO, S. 438.

3) Zu diesem Themenkreis vgl. García Amigo, *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*.

4) Garrigues, aaO, S. 437; Villar y Romero, aaO, S. 42; Gay de Montellá, aaO, S. 95; Uría, aaO, S. 645.

5) Zur Frage der passiven Dividenden s. unten S. 89.

6) Garrigues, aaO, S. 439.

sich bei dieser Bank um die spanische Staatsbank handelt, deren Reglamento durch eine Rechtsvorschrift, nämlich die Orden vom 23. März 1948 gebilligt wurde.

Das von den Banken durch die Estatutos, Reglamentos und Condiciones Generales geschaffene Wertpapierdepot ist also mit Ausnahme desjenigen der Banco de España juristisch im Lichte dieser Regelungen gesehen kein verwaltetes Depot, denn dazu wäre das Bestehen von Verwaltungsverpflichtungen erforderlich, die nicht nur ausschließlich in der Praxis anerkannt sind; ein gewiß seltsames Ergebnis bei einem Depot, das sich verwaltetes nennt. Garrigues ist jedoch der Ansicht, daß Art. 310 C. de c. die Existenz eines verwalteten Depots mit dem Inhalt des Art. 308 C. de c. voraussetzt, und daß die Banken diesen Rahmen berücksichtigen müssen.¹⁾ Dieser Ansicht ist trotz der entgegenstehenden Regelungen des Depotgeschäftes durch die Banken zuzustimmen. Art. 310 C. de c. muß so interpretiert werden, daß "ungeachtet des in den vorhergehenden Artikeln Angeordneten" durch die Mindestanfordernisse dessen beschränkt wird, was zu "depósito" gehört. Zum "deposito administrado" gehört notwendigerweise, daß gemäß Art. 308 C. de c. tatsächlich verwaltet wird. Welche Verwaltungstätigkeiten im einzelnen dazu zu zählen sind, kann von Fall zu Fall gegebenenfalls unterschiedlich sein, wenn nur die Bank sich verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Handlungen vorzunehmen, so daß der zwischen ihr und dem Deponenten geschlossene Vertrag insgesamt ein verwaltetes Depot darstellt. Wenn die Bank die Verwaltungshandlung nicht vornehmen will, so muß ihr dafür in der Regel die Information des Deponenten von der Notwendigkeit oder Möglichkeit der Vornahme dieser Handlung obliegen.²⁾ Die Frage der Bedeutung der Freizeichnungsklauseln in diesem Zusammenhang wird bei der Erörterung der Verwaltung der Wertpapiere zu behandeln sein.

b.) Sonstige Einschränkungen

Fraglich ist ferner, ob die Banken bei der Schaffung der Estatutos neben der Beach-

- 1) Garrigues, aaO; Garrigues übersieht allerdings in diesem Zusammenhang, daß das Reglamento del Banco de España ein solches verwaltetes Depot schafft. Die anderen Autoren wie Echávarri y Vivanco, aaO, S. 415, Villar y Romero, aaO, S. 42, Langle y Rubio, aaO, S. 435, Vicente y Gella, aaO, S. 97 und andere mehr gehen ebenfalls ohne Begründung oder Behandlung dieses Problems trotz der entgegenstehenden Freizeichnungsklauseln von einer Verwaltungsverpflichtung der Banken aus.
- 2) In diesem Sinne - allerdings ohne irgendeine Begründung - auch Gay de Montellá, aaO, S. 95; Uría, aaO, S. 645; Izquierdo Montoro, aaO, S. 793. Garrigues, aaO, S. 439 kommt mit anderer Begründung zu dem gleichen Ergebnis.

tung des ius cogens und der Mindestanforderungen des Depotvertrages noch weiteren Einschränkungen unterworfen sind, oder ob sie wie ein Gesetzgeber die Beziehungen zu ihren Depotkunden festlegen können. Hierzu ergibt sich ein Anhaltspunkt aus der Geschichte des Código de Comercio. Während noch Art. 411 des C. de c. von 1829 bestimmte, daß die Estatutos der Banken mit dem öffentlichen Wohl in Einklang stehen und vom König genehmigt werden mußten, hat im Gegensatz dazu das System des Código de Comercio von 1884 durch die Schaffung der Vertragsfreiheit zwischen den Parteien die normative Technik der privaten vertraglichen Beziehungen vollkommen geändert.¹⁾ Die Klausel des Einklanges mit dem öffentlichen Wohl wurde ersatzlos fallen gelassen. Der Gesetzgeber genehmigt nicht mehr die Schaffung der Estatutos, er billigt sie auch nicht (Ausnahme bei der Banco de España), und schafft lediglich Normen, auf Grund derer die Banken ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten selber als ihr eigener Gesetzgeber regeln können.²⁾ Eine gewisse Kontrollfunktion des Staates besteht hier allerdings wieder seit einigen Jahren. Gemäß der Ley de Ordenación del Crédito y de la Banca vom 14. April 1962 (Base 2.ª f) iVm der Orden vom 1. Dez. 1958 erstreckt sich die Kontrolle der Banco de España über die Privatbanken auch auf die Bestimmungen, nach denen sich diese Banken richten.³⁾

Diese Hervorhebung der Estatutos wird jedoch in der Literatur teilweise einschränkend in dem Sinne verstanden, daß in Art. 310 C. de c. nur die Estatutos der Bancos Oficiales,⁴⁾ die durch gesetzliche Bestimmungen gebilligt und veröffentlicht worden sind, nicht aber diejenigen der Privatbanken⁴⁾ gemeint sind.⁵⁾ Dieser Ansicht dürfte aber wegen der Geschichte des Art. 310 C. de c. und des eindeutigen Wortlautes nicht zuzustimmen sein, denn hier wird gerade keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Banken getroffen.⁶⁾

4.) Die Rechtswirkungen der Estatutos

Die Anerkennung der normativen Kraft der Estatutos darf nicht in dem Sinne verstanden werden, daß diese den privaten einseitigen Willen bereits in den Rang einer Gesetzesnorm erhebt. Wirksam werden die auf Grund von Art. 310

1) García Amigo, aaO, S. 844.

2) García Amigo, aaO; ebenso Garrigues, Curso, Bd. I, S. 125.

3) Vgl. hierzu unten Kapitel H.) S. 104.

4) Zur Definition vgl. unten S. 104.

5) So Broseta, Lecciones de Derecho mercantil S. 273; ebenso wohl Garrigues, Contratos Bancarios, S. 18 ff.

6) Santos, El Contrato bancario, S. 56.

C. de c. geschaffenen Estatutos auch hier nur durch die vertragliche Einigung über die Errichtung eines Depots. Seine Effektivität erlangt Art. 310 C. de c. allerdings dadurch, daß hier die Möglichkeit der Banken zur Rechtssetzung anerkannt wird, ohne irgendwelche Kontrolle derjenigen Bestimmungen, die sie auf Grund dessen zur Regelung des Depotvertrages geschaffen haben.¹⁾ Diese Befugnis ist der normativen Gewalt der Privatautonomie (Art. 1091, 1255 C. c.) zwar ähnlich, unterscheidet sich aber grundlegend dadurch, daß hier die Normen durch zweiseitige Vereinbarungen zustande kommen, während sie dort einseitig diktiert werden.²⁾ Die wirtschaftlich starken und technisch gut organisierten Banken, die zwar nicht *de iure*, wohl aber *de facto* ein Monopol hinsichtlich des Wertpapierdepots haben, bekommen hier ein juristisches Privileg von immenser Bedeutung: sie können allein mit bindender Wirkung für und gegen die Deponenten ihre Rechtsbeziehungen zu diesen selber regeln.³⁾ Dies ist eine legale, aber offensichtlich sehr ungerechte Situation.⁴⁾

Diese Bevorzugung der Stellung der Banken ist von den Gerichten erkannt und als unbillig empfunden worden. Geschwächt erscheint die Stellung der Banken durch die Rechtsprechung des Tribunal Supremo jedoch kaum. Es hat lediglich erklärt, daß die Vorschriften, die das Depotgeschäft regeln, im Zweifelsfalle in einem für den Hinterleger günstigen Sinne zu interpretieren sind.⁵⁾

1) García Amigo, aaO, S. 845; Rubio, Introducción, S. 405 ff; Puig Bruteau, Fundamentos, Bd. II, Vol. II, S. 443 ff.

2) García Amigo, aaO; Rubio, Introducción, S. 405; Puig Bruteau, aaO.

3) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 125.

4) García Amigo, aaO, S. 844.

5) Tr. S. vom 30. Dez. 1929: "Die Banken müssen als Einrichtungen des öffentlichen Kredites ihre Handlungen nach den Vorschriften der Gesetzgebung und den Satzungen (Estatutos) richten, um die Interessen derjenigen zu garantieren, die sich ihnen anvertrauen. Aus diesem Grunde sind die Vorschriften in einem Sinne zu interpretieren, der für die Privatpersonen günstig ist und der ihre Unterlassungen und Fahrlässigkeiten rügt, da auf diese Weise ihre Kreditwürdigkeit gestärkt wird, die ihr Leben ist."

III.) Die Estatutos del Banco de España 1)

Bei der Banco de España handelt es sich um die spanische Staatsbank, die das Recht hat, Banknoten zu emittieren. Sie hat ihren Ursprung in der Banco de San Carlos, die 1762 gegründet wurde, um der Wirtschaft neue Auftriebe zu geben. Bei dieser Bank handelte es sich um die erste Bank in Spanien, die den Charakter einer Nationalbank hatte.²⁾ Auf Grund einer schlechten Verwaltung fand sie sich später am Rande des Konkurses und wurde 1829 in die Banco de San Fernando umgewandelt. 1847 vereinigte sich diese Bank mit der Banco de Isabel II, wodurch die Banco Nuevo de San Fernando gegründet wurde, die ab 1847 das ausschließliche Recht erhielt, Banknoten zu emittieren. 1856 nahm sie den Namen Banco de España an, der 1874 in Banco Nacional de España umgeändert wurde. 1904 erlosch das Recht der Notenemission; es wurde ihr aber durch die Ley de Ordenación Bancaria von 1921 wieder übertragen und durch die Ley de Ordenación Bancaria vom 31. Dez. 1946 bestätigt. Die Banco de España wurde durch das Decreto-Ley vom 7. Juni 1962 (Ausführungsbestimmung zu Base 3, ^a der Ley sobre Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca vom 14. April 1962) nationalisiert und durch die Ley de Bases von 1962 iVm Nr. 3 der Ley sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial vom 19. Juni 1971 reorganisiert. Heute erfüllt sie unter anderem die Funktion der "Banco de Bancos" (Art. 2 und 26 des Decreto-Ley vom 7. Juni 1962) und der Zentralbank im spanischen Banksystem. Es handelt sich um eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes, die über das Finanzministerium (Ministerio de Hacienda) von der Regierung abhängig ist (Art. 1 des zitierten Decreto-Ley). Sie kontrolliert die Privatbanken (Art. 17 Decreto-Ley), sie ist die oberste Leitung der Sparkassen und kontrolliert und koordiniert diese (Art. 2 und 20 Decreto-Ley). Sie leitet die Zentralisation der Gold- und Devisenreserven und regelt die Geldbewegungen mit dem Ausland (Art. 2 des Decreto-Ley).³⁾

In ihren Estatutos findet sich die grundlegende Regelung des Depotgeschäftes (Art. 6 - 9), wobei auf Einzelheiten verzichtet wurde. Es wurde - und wie könnte es anders sein - ein regulärer Verwahrungsvertrag geschaffen, bei dem die Bank die durch Numerierung genau bestimmten Wertpapiere dem Hinterleger auf Verlangen wieder zurückgibt (Art. 9). Die Haftung wird für höhere Ge-

1) Vgl. die Übersetzung der hier einschlägigen Vorschriften der Estatutos im Anhang.

2) Garrigues, aaO, S. 73; García García in Beltrán, Diccionario, "Ley Bancaria", S. 788.

3) Zu den weiteren vielfältigen Aufgaben der Banco de España Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 327; García García, aaO; Garrigues, aaO, S. 73 ff.

walt und Zufall ausgeschlossen (Art. 8). Die Rückgabe findet nur nach Vorweisung der entsprechenden Depotquittung (Resguardo de Depósito) statt (Art. 9). Wenn die deponierten Wertpapiere zum Bezug von neuen Aktien berechtigen, so kann die Bank dieses Bezugsrecht auch ohne diesbezügliche Anweisungen des Deponenten ausüben (Art. 8).

Die besondere Bedeutung der Estatutos del Banco de España liegt aber darin, daß die hier getroffene Regelung die Musterregelung für den Depotvertrag der anderen Banken darstellt. Diese Vorschriften werden bei depotrechtlichen Streitigkeiten anderer Banken mit ihren Hinterlegern herbeigezogen und angewandt.¹⁾ Auch die Literatur stützt sich bei der Behandlung der Fragen des Depotgeschäftes hauptsächlich auf die Normen dieser Estatutos, die als beispielhaft für alle anderen Banken bezeichnet werden.²⁾

IV.) Das Reglamento del Banco de España ³⁾

Auch das Reglamento del Banco de España ist "ley del caso", was bedeutet, daß das Tribunal Supremo das Reglamento als Ergänzung der Estatutos versteht (so wie es sich im übrigen auch selbst versteht) und somit auch als Ordnung ansieht, die den Depotvertrag gem. Art. 310 C. de c. vorrangig regeln soll.⁴⁾ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Sinn und Zweck des Art. 310 C. de c. ist es nicht, den Banken lediglich zu gestatten, allein in den Estatutos den Depotvertrag zu regeln, sondern ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, hierüber eine Regelung zu treffen. Ob dies in den Estatutos oder im Reglamento geschieht, ist unwesentlich.

Die Anordnungen des Reglamento sind hinsichtlich des Depotvertrages recht exakt. Im einzelnen wird darauf an den entsprechenden Stellen eingegangen werden. Hinsichtlich der Auswirkungen dieses Reglamento auf andere Banken gilt das bei den Estatutos Gesagte: die Bestimmungen des Reglamento del Banco de España werden auf andere Banken angewandt, wenn eine entsprechende Regelung nicht vorhanden ist.

1) Tr. S. vom 19. Nov. 1928; in diesem Sinne auch Tr. S. vom 21. Okt. 1943.

2) So insbesondere Garrigues, Contratos Bancarios, S. 403 ff.

3) Vgl. Übersetzung im Anhang.

4) Tr. S. vom 19. Nov. 1928.

V.) Die Estatutos, Reglamentos und Condiciones Generales anderer spanischer Banken

Die Möglichkeiten des Art. 310 C. de c. sind von den meisten Banken nicht ausgenutzt worden: soweit bekannt, regelt lediglich die Banco de España das Depotgeschäft tatsächlich in ihren Estatutos.¹⁾ Andere Banken befassen sich in den Estatutos hauptsächlich mit Fragen, die Bedeutung hinsichtlich ihres eigenen Gesellschaftsvertrages haben. Eine Regelung des Depotvertrages findet sich erst in den Condiciones Generales.²⁾ Diese Klauseln sind jedoch nicht so umfassend wie die Bestimmungen der Estatutos und des Reglamentos del Banco de España. Hauptsächlich wird hier die Frage der Haftung der Bank behandelt, und zwar in der Weise, daß die Haftung soweit wie möglich ausgeschlossen wird.³⁾ Diese Freizeichnungsklauseln finden sich in verkürzter Form auf den jeweiligen Resguardos de Depósito, den Depotquittungen, wieder.

Wie bereits erwähnt, hat das Tribunal Supremo entschieden, daß die Estatutos und das Reglamento del Banco de España auch auf andere Banken anwendbar sind.⁴⁾ Dies darf aber wegen Art. 1091 und 1255 C. c. nur für den Fall gelten, daß die in Frage kommende Bank selbst keine Regelung getroffen hat. Das Tribunal Supremo hat jedenfalls bisher noch in keinem Fall entschieden, daß trotz einer entgegenstehenden Regelung einer Bank die Vorschriften der Banco de España mit Vorrang anzuwenden sind.

-
- 1) Die Verwertung der Estatutos, Reglamentos, Condiciones Generales und ähnlicher Unterlagen aller spanischen Banken war nicht möglich, da diese nicht veröffentlicht werden und die Banken oft nicht bereit sind, sie zur Verfügung zu stellen.
 - 2) Die das Depotgeschäft betreffenden Klauseln der Condiciones Generales werden manchmal auch "Condiciones Especiales" genannt.
 - 3) Zur Rechtsnatur der AGB vgl. García Amigo, Sobre la naturaleza de las condiciones generales en los contratos, Revista de Derecho Privado, 1965, S. 701; Rubio, aaO, S. 407, Fußnote 50.
 - 4) S. S. 20 Fußnote 1.

E.) DAS VERSCHLOSSENE DEPOT

I.) Die Rechtsnatur des verschlossenen Depots

Art. 7 der Estatutos del Banco de España besagt, daß Edelsteine, wertvolle Metalle oder Gegenstände von besonderem Wert von der Bank in versiegelten "Kisten" oder "Kästen" in Verwahrung genommen werden. In Art. 8 der Estatutos verpflichtet sich die Bank, diese "Kisten" oder "Kästen" "ohne Berücksichtigung ihres Inhaltes" wieder zurückzugeben, was bedeutet, daß sie unverseht sein müssen, ganz gleich, was sich darin befindet.

Aus dieser Klausel ergeben sich die Wesenszüge des verschlossenen Depots. Es wird errichtet, indem die Bank eine fremde Sache empfängt mit der Verpflichtung, sie aufzubewahren und wieder zurückzugeben (vgl. Art. 1758 C. c.).¹⁾ Der Verwahrer darf sich der hinterlegten Sache nicht bedienen.²⁾ Das vertragliche Interesse des Hinterlegers geht bei dieser Vertragsart in besonderem Maße dahin, daß die der Bank als Verwahrer übergebene Sache in Obhut genommen wird.³⁾ Da beim verschlossenen Depot eine Bank Vertragspartner ist, sind die Grundsätze des "depósito bancario" anzuwenden, d. h. vor allem, daß auch dieser Vertrag gemäß Art. 310 C. de c. in erster Linie von den Estatutos geregelt wird. Beim verschlossenen Depot handelt es sich um eine Depotart mit den wesentlichen Zügen des klassischen Depots und ganz besonders dem Element der Obhut als eigentlichem Vertragsinhalt.⁴⁾ Gay de Montellá nennt es deshalb wegen seiner einfachen Rechtsnatur "depósito simple" im Gegensatz zum "depósito en administración", dem offenen Depot.⁵⁾ Dennoch ist auch hier ein Unterschied im Vergleich zum klassischen Verwahrungsvertrag festzustellen. Beim verschlossenen Depot ist die Obhutspflicht nicht lediglich eine der Rückgabeverpflichtung akzessorische Verpflichtung, sondern die spezifische und charakteristische dieses Vertrages.⁶⁾ Die Rechtspflichten sind somit umfangreicher geworden.⁷⁾ Die Verpflichtung, die verwahrte Sache wieder zurückzugeben, hat sich umgewandelt in die Verpflichtung

1) Langle y Rubio, aaO, S. 434; Vicente y Gella, aaO, S. 95; Gonzales de Echávarri y Vivanco, aaO, S. 412, 412.

2) Tr. S. vom 28. Nov. 1890; 31. Jan. 1956.

3) Garrigues, aaO, S. 405.

4) Garrigues, aaO, S. 406.

5) Gay de Montellá, aaO, S. 95.

6) Garrigues, aaO, S. 405, 406.

7) Galán Galindo in Beltrán, Diccionario, "Depósito a la vista", S. 505.

tung, diese in Obhut zu nehmen, und damit hat der Inhalt des Vertrages aufgehört, für den Verwahrer lediglich passiver Natur zu sein, sondern er ist aktiver Natur geworden.⁵⁾ Dies besagt, daß die Obhut der Sache als hauptsächliche Verpflichtung vor der Rückgabepflicht in den Vordergrund getreten ist, und diese Tätigkeit des Verwahrers heute den eigentlichen artmäßigen Inhalt des verschlossenen Depotvertrages darstellt.²⁾ Dies ist vom Código de Comercio erkannt worden, und es sind die Konsequenzen daraus, daß im Geschäftsverkehr nichts kostenlos geschieht, in Art. 304 C. de c. gezogen worden, der dem Verwahrer das Recht gibt, ein Entgelt zu fordern. Die Entgeltlichkeit macht das verschlossene Depot zu einem gegenseitigen Vertrag.³⁾

II.) Vertragsobjekte

In Art. 7 der Estatutos del Banco de España werden Edelsteine, wertvolle Metalle oder Gegenstände von besonderem Wert als Vertragsobjekte genannt. Aus der Natur dieser Art der Verwahrung ergibt sich, daß hier keine abschließende Aufzählung beabsichtigt werden konnte, sondern nur Beispiele gegeben werden sollten. Im Normalfall nimmt nämlich die Bank lediglich das verschlossene Behältnis entgegen, ohne den Deponenten zu fragen, was es enthält, und ohne den Inhalt nachzuprüfen.⁴⁾ Vertragsobjekt können somit alle Wertgegenstände sein, auch solche von bloß subjektivem Wert.⁵⁾ Auch Geld und Wertpapiere können übergeben werden. Immer muß der Bank gegenüber aber klar zum Ausdruck gebracht werden, welche Depotart zustande kommen soll. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn diese Gegenstände erst in der Bank in ein Behältnis verbracht und dann verschlossen oder versiegelt werden sollen.

1) Garrigues, aaO, S. 406.

2) Garrigues, aaO; Puig Bruteau, Fundamentos, S. 442; Vicente y Gella, Curso, S. 96.

3) Puig Bruteau, aaO, S. 448; Mantero in Beltrán, aaO, "Depositante", S. 500.

4) Das Überprüfungsrecht haben sich die Banken dennoch vorbehalten, vgl. Art. 33 Reglamento del Banco de España.

5) Garrigues, aaO, S. 407.

III.) Das Zustandekommen und die Form des Vertrages

Der verschlossene Depotvertrag kommt als Realvertrag durch die Übergabe der Sache zustande, Art. 305 C. de c.¹⁾ Eine Schriftform ist nicht erforderlich, ihre Notwendigkeit würde auch im Widerspruch zu seinem Wesen als Realvertrag stehen.²⁾ Aus Beweisgründen findet dennoch eine Niederschrift statt.³⁾ Der Deponent unterschreibt eine Art Rechnung, in der der Wert bezeichnet wird, den er dem Inhalt seines Behältnisses beimißt.⁴⁾ Diese Rechnung behält die Bank.⁵⁾ Eine Beschreibung der hinterlegten Sachen ist in ihr nicht enthalten, denn der Inhalt ist ohne Bedeutung für den Vertrag.⁶⁾ Weiterhin erteilt die Bank eine Quittung (den "Resguardo de Depósito"), die dem Deponenten ausgehändigt wird. Diese Quittungen, die ähnlich auch beim offenen Depot ausgestellt werden, sind beim verschlossenen Depot normalerweise nicht übertragbar.⁷⁾ Wenn der Deponent diese Quittung mit einer Empfangsbestätigung versieht ("Recibí") und sie der Bank vorlegt, so bekommt er das Depot bei Übereinstimmung der Unterschriften wieder ausgehändigt (Art. 9 Estatutos del Banco de España).

IV.) Die Verpflichtungen der Bank

Laut Art. 8 der Estatutos del Banco de España besteht die Verpflichtung der Bank als Verwahrer darin, die äußere Sicherheit der Verschlüsse der verwahrten Behältnisse zu garantieren und sie mit intakten Verschlüssen wieder zurückzugeben. Ihre Inhalte bleiben dabei außer Betracht.⁸⁾ Mit anderen Worten, die Bank verpflichtet sich nicht, den Inhalt zurückzugeben, sondern das Behältnis des Depots in derselben Form, in der es in ihren Besitz kam.⁹⁾ Diese Pflicht ist ein Ausfluß der Bewahrungstätigkeit der Bank.

1) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 575; Langle y Rubio, aaO, S. 354; Mantero in Beltrán, Diccionario, "Clausula de Depósito", S. 284; Tr. S. vom 14. Dez. 1908; vgl. auch S. 6 Fußnote 2.

2) Langle y Rubio, aaO, S. 434.

3) Langle y Rubio, aaO.

4) Vgl. Art. 34 Reglamento del Banco de España.

5) Gay de Montellá, aaO, S. 94.

6) Vgl. Art. 33 Reglamento del Banco de España.

7) Garrigues, aaO, S. 406.

8) Garrigues, aaO, S. 406, 407.

9) Garrigues, aaO, S. 406.

V.) Die Haftung der Bank

Art. 307 C. de c. bestimmt, daß bei verschlossenen Depots Wertsteigerungen und Wertverluste zu Lasten des Deponenten gehen, und daß die Risiken der Depots zu Lasten des Verwahrers gehen, indem er für die Schäden verantwortlich ist, die die Depots erleiden. Bei Beschädigungen spricht eine Vermutung für das Verschulden des Verwahrers.¹⁾ Diese Vermutung kann jedoch durch den Beweis widerlegt werden, daß die Schäden durch höhere Gewalt oder unüberwindlichen Zufall eingetreten sind.²⁾ Das bedeutet, daß der Depositar auch für leichte Fahrlässigkeit haftet.³⁾ Diese Norm ist im Grunde eine Ausführung der Grundregel der vertraglichen Haftung, Art. 1104 C. c., wo bestimmt ist, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit des Schuldners in der Unterlassung der Sorgfalt bestehen, die das Wesen der Verpflichtung erfordert und die den Umständen der Personen, der Zeit und des Ortes entspricht. Falls die Verpflichtung selbst die Sorgfalt der Erfüllungsleistung nicht zum Ausdruck bringt, haftet der Schuldner für die Sorgfalt eines "buen padre de familia".⁴⁾

Durch die gesetzliche Vermutung des Verschuldens und durch die Umkehr der Beweislast ergibt sich aus Art. 307 C. de c. eine Haftungsverschärfung für den Depositar, die in Übereinstimmung mit Art. 1104 C. c. vom professionellen Charakter des Bankdepots ausgeht und für die eine besondere technische Sorgfalt und größere Verantwortlichkeit der Bank verlangt wird.⁵⁾ Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber in Art. 310 C. de c. angeordnet, daß die gesamte Materie des Bankdepotrechtes sich ungeachtet des in dem vorhergehenden Artikel Angeordneten nach den Estatutos der Bank richtet. Für die Banco de España ist in Art. 8 ihrer Estatutos bestimmt, daß die Verantwortlichkeit der Bank in Folgendem besteht:

Die Behältnisse der Depots von Wertgegenständen mit intakten Verschlüssen zurückzugeben ohne Berücksichtigung des Inhaltes, und ohne daß die Bank für Zufall haftet oder irgendeine Verantwortlichkeit bezüglich des Wertes hat, den ihm der Deponent beimißt, oder bezüglich eines Schadens, den er erlitten haben könnte."

Wohl verständlich und gerechtfertigt erscheint die Weigerung der Bank, irgend-

1) Puig Bruteau, aaO, S. 463; Langle y Rubio, aaO, S. 356.

2) Gay de Montellá, aaO, S. 82; Langle y Rubio, aaO, S. 358.

3) Garrigues, Curso, Bd. II, S. 161.

4) Zur Definition des Begriffes "buen padre de familia" vgl. unten S. 69.

5) Gay de Montellá, aaO, S. 95; Garrigues, Contratos Bancarios, S. 408.

eine Haftung hinsichtlich der depotunabhängigen Wertänderungen des Inhaltes der verwahrten Behältnisse zu übernehmen.¹⁾ So müssen z. B. Kursschwankungen von deponierten Wertpapieren oder Devisen notwendigerweise immer zu Lasten des Hinterlegers gehen, denn auf diese Wertverluste hat die Bank keinen Einfluß.²⁾

Der Haftungsausschluß der Bank unterscheidet aber nicht wie Art. 307 C. de c. zwischen dem gewöhnlichen und dem unüberwindlichen Zufall, sondern betrachtet beide als gleichwertig und erklärt die Nichtverantwortlichkeit der Bank.³⁾ Dies bedeutet, daß die Bank nicht für Zufälle haften soll, die sich im Berufskreis, der der Tätigkeit des Bankiers eigen ist, ereignen ("*diligencia propia tecnica del comercio y de la industria que se ejerce*").⁴⁾ Dieser Haftungsausschluß bezieht sich aber nicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, denn derartige Freizeichnungen sind nicht zulässig.⁵⁾ Im konkreten Fall wird neben diesen Kriterien immer die Entscheidung des Tribunal Supremo vom 30. Dez. 1929 zu beachten sein, wonach die Vorschriften der Banken in einem für die Privatpersonen günstigen Sinne zu interpretieren und die Fahrlässigkeiten und Unterlassungen der Banken zu bestrafen sind.⁶⁾

Dieser Haftungsausschluß ist außerdem im Zusammenhang mit den zahlreichen Entscheidungen des Tribunal Supremo für das offene Depot zu sehen, in denen die Haftung der Bank bei fehlerhafter Rückgabe genau geregelt wird. Die Rechtslage ist mit Ausnahme der Verwaltung der Wertpapiere beinahe identisch. Da die Verwaltung der Wertpapiere jedoch einen anderen Aspekt der Haftung der Bank betrifft, gelten die für die Rückgabe der hinterlegten Sache aufgestellten Regeln zumindest analog auch hier. Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird Bezug genommen.⁷⁾

VL.) Die Verpflichtungen des Deponenten

Die Hauptverpflichtung des Deponenten besteht darin, die Gebühren, die die Bank gemäß einem entsprechenden Tarif fordern kann (Art. 35 Reglamento del Banco de

1) Hierzu Tr. S. vom 13. Jan. 1893.

2) Tr. S. vom 13. Jan. 1893; 17. Febr. 1921.

3) Zur Definition von "unüberwindlicher Zufall" vgl. unten S. 70.

4) Gay de Montellá, aaO, S. 81.

5) Puig Bruteau, aaO, S. 456.

6) Vgl. Übersetzung dieser Entscheidung oben S. 18, Fußnote 5.

7) Vgl. unten S. 69 ff.

España) zu bezahlen.¹⁾ Falls die Rechnung bei Errichtung des Depots nicht von dem Inhaber unterschrieben ist, hat dieser die Verpflichtung, seine Unterschrift bei der Bank registrieren zu lassen, damit sich dort bei den von ihm hinterlegten Behältnissen eine authentische Unterschrift des Eigentümers oder des vertraglich Verfügungsberechtigten befindet (Art. 33 Reglamento del Banco de España). Die Bank benötigt diese Unterschriften zur Überprüfung der Berechtigung desjenigen, der später das Depot zurückfordert.

Kommt der Hinterleger mit der Bezahlung der Depotgebühren in Verzug, so hat die Bank ein Zurückbehaltungsrecht (Art. 1780 C. c.).²⁾

1) Hierzu die Orden del Ministerio de Hacienda vom 29. Febr. 1972 über die Minimalgebühren für Depots auf den Banken, vgl. unten S. 96.

2) Vgl. unten S. 96 f.

F.) DAS OFFENE DEPOT

I.) Die Rechtsnatur des offenen Depots

Bei dieser Form des Depotvertrages zeichnet sich eine weitere Besonderheit gegenüber den übrigen Verwahrungsverträgen ab. Während sich bei dem verschlossenen Depot noch die Entwicklung dieser Vertragsart eindeutig von ihrem Ursprung herleiten läßt, wird das offene Depot durch wesentliche Neuerungen geprägt. Auch hier ist der Verwahrer zur Rückgabe der verwahrten Wertpapiere verpflichtet.¹⁾ Ebenso findet sich die aktive Tätigkeit der Obhut stark ausgeprägt, denn Wertpapiere werden üblicherweise auch deshalb auf die Bank gebracht, um einem möglichen Verlust vorzubeugen.²⁾ Die Besonderheit des offenen Depots besteht aber darin, daß zu dem charakteristischen Zweck der handelsrechtlichen Verwahrung, der Obhut noch weitere Zwecke hinzukommen.³⁾ Das Interesse des Deponenten, der seine Wertpapiere in einer Bank deponiert, geht nicht lediglich dahin, diese verwahren zu lassen (dann wäre das verschlossene Depot ausreichend), sondern vielmehr auch dahin, von der Notwendigkeit befreit zu werden, sich selber um eine sorgfältige und pünktliche Verwaltung kümmern zu müssen.⁴⁾ Dieses neue Element der Verwaltung hat so starke Einwirkungen auf das Wesen des Depots, daß einige Autoren Zweifel daran haben, ob dieser Vertrag noch weiterhin ein Verwahrungsvertrag genannt werden kann. Zumindest für den Código de Comercio ist er jedoch weiterhin ein Verwahrungsvertrag, was sich schon aus Art. 308 ergibt.⁵⁾ Die Verwaltung der Wertpapiere ist der grundlegenden Verpflichtung der Verwahrung akzessorisch,⁶⁾ und keine autonome Verpflichtung, die etwa auf Grund eines besonderen Vertrages erst entsteht.⁷⁾ Es existieren also nicht zwei Verträge neben-

1) Garrigues, aaO, S. 409, 410; Langle y Rubio, aaO, S. 435; Izquierdo Montoro, aaO, S. 789; Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Depósito de valores", S. 505; Tr. S. vom 16. Jan. 1929.

2) Pellisé Prats, Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), Bd. IV, "Depósito", S. 859; Garrigues, aaO; Izquierdo Montoro, aaO; Tr. S. vom 8. Juni 1957.

3) Langle y Rubio, aaO, S. 432 und 435; Uría, aaO, S. 654.

4) Garrigues, aaO, S. 407.

5) Tr. S. vom 8. Juni 1957; Garrigues, aaO, S. 409, 410; Querol Bellido, aaO, S. 505; vgl. auch Art. 8 der Estatutos und Art. 37 des Reglamento del Banco de España.

6) Garrigues, aaO, S. 410.

7) Gay de Montellá, aaO, S. 95.

einander, etwa ein Dienstvertrag oder ein Auftragsverhältnis neben dem Verwahrungsvertrag.¹⁾ Ebenso ist die andere Meinung verfehlt, daß die Verwahrung nicht lediglich die körperliche Innehabung des Vertragsgegenstandes umfasse, sondern auch die Durchführung von jenen Handlungen einschließe, die zur Verwaltung der Wertpapiere gehören.²⁾ Das "depósito abierto" bleibt ein Verwahrungsvertrag, der aber die Modalität angenommen hat, die das eigentliche Wesen der deponierten Sachen, der Wertpapiere, erfordert.³⁾

Trotz dieser Besonderheit ist das verwaltete Depot Gegenstand eines regulären handelsrechtlichen Verwahrungsvertrages, auf den die oben ausgeführten Grundsätze des "depósito bancario" anwendbar sind. Die Bank ist immer verpflichtet, genau dieselben Wertpapiere dem Hinterleger wieder zurückzugeben, die sie von ihm empfangen hat, bzw. die, die an deren Stelle getreten sind.⁴⁾ Dieser Grundsatz zeigt sich z. B. in der Verpflichtung nach Art. 33 des Reglamento del Banco de España, die empfangenen Wertpapiere nach Klassen, Serien und Nummerierung spezifiziert aufzubewahren. Diese genauen Kennzeichnungen finden sich ebenso auf allen depotrechtlichen Formularen und Vordrucken der Banken (z. B. "resguardos de depósito", "notas numéricas"). Die spanischen Banken sind dabei auch immer bestrebt, ihre eigenen Wertpapiere von denen ihrer Kunden streng getrennt zu halten.⁵⁾

Wie bereits erwähnt, ist die Sammelverwahrung von Wertpapieren in Spanien durch die Ley vom 23. Febr. 1940 in sämtlichen denkbaren Modalitäten verboten. In Art. 10 der Estatutos findet sich zwar die Bezeichnung "cuenta corriente de valores mobiliarios". Obgleich "valores mobiliarios" Wertpapiere sind, ist hier jedoch etwas gemeint, das nichts mit der "cuenta corriente de efectos" zu tun hat.⁶⁾

1) Uría, aaO, S. 657.

2) Langle y Rubio, aaO, S. 435.

3) Garrigues, aaO.

4) Vgl. z. B. den Text des Aufdruckes auf dem Resguardo de Depósito del Banco Comercial para América (Ameribank): "Es (das Depot) wird als regulares errichtet."

5) Garrigues, aaO, S. 409.

6) Dieser Begriff wird in Art. 59 ff des Reglamento del Banco de España erläutert: Hiernach handelt es sich um ein Geldkonto, das im Zusammenhang mit einem Wertpapierkonto geführt werden kann, und auf dem die Bank die sich aufgrund von Art. 10 der Estatutos und insgesamt aufgrund des Depotvertrages mitsamt Verwaltung ergebenden Geldbewegungen verbucht. Hierzu Gay de Montellá, aaO, S. 98.

II.) Die Vertragsobjekte des offenen Depots

1.) Die spanischen Wertpapiere

In den für das Wertpapierdepot einschlägigen Vorschriften werden die verschiedenartigsten Ausdrücke für die Vertragsobjekte des offenen Depots gebraucht, so daß es erforderlich ist, diese Begriffe in den Punkten kurz zu umreißen, die für diese Untersuchung relevant werden. Für die nähere Darstellung muß auf die entsprechende Literatur verwiesen werden.¹⁾

a.) Die Terminologie der spanischen Wertpapiere

Weder in den Art. 303 ff C. de c. noch in den Estatutos del Banco de España ist ausgeführt, was unter den dort gebrauchten Begriffen "títulos", "efectos", "valores", "documentos" (so Art. 308 C. de c.) und "valores mobiliarios" (so Art. 7 der Estatutos) zu verstehen ist. Außerdem existieren daneben in der Rechtsprache noch weitere ähnliche Begriffe wie z. B. "título-valor",²⁾ "título de crédito",³⁾ "documento de crédito",⁴⁾ "documento crédito"⁵⁾ u. a.

-
- 1) Zum spanischen Wertpapierrecht: Garrigues, Curso, Bd. I, S. 643 ff; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 395 ff; Garrigues, Los títulos-valores, Revista de Derecho Mercantil, 1951, S. 305 ff; Huguet y Campaña, La letra de cambio. Cheques, pagarés, talones. Legislación. Jurisprudencia. Formularios. Pala Berdejo, Contribución al estudio de los títulos nominativos, Revista de Derecho Mercantil, 1951, S. 305; Robles Alvarez, Los títulos de tradición en el Derecho español, Revista de Derecho Mercantil, 1947, S. 191 ff; Sánchez Torres, Usufructo de acciones de sociedades mercantiles; Revista de Derecho Mercantil, 1942, S. 25 ff; Velasco, La teoría sobre novación de valores mobiliarios, Revista de Derecho Mercantil, 1952, S. 7 ff; Vicente y Gella, Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo; Cadabal, Títulos al Portador, Revista de Derecho privado, 1925, S. 54 ff.
 - 2) Z. B. Garrigues, Curso, Bd. I, S. 645 ff und ders., Los Títulos-valores, Revista de Derecho Mercantil, 1951, S. 305 ff.
 - 3) Z. B. Vicente y Gella, Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo.
 - 4) Z. B. Art. 547 C. de c.
 - 5) z. B. Izquierdo Montoro, aaO, S. 519.

Eine abschließende Regelung des Wertpapierrechtes enthalten aber, abgesehen von einigen wenigen Normen, weder der Código Civil noch der Código de Comercio. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß diese Gesetzeswerke in einer Epoche geschaffen wurden, in der das bewegliche Vermögen fast keine Bedeutung hatte, was sich z. B. daran zeigt, daß bei der Aufzählung der beweglichen und unbeweglichen Wertgegenstände in Art. 333 ff C. c. nicht einmal die Aktien erwähnt sind.¹⁾ Insgesamt macht sich bei den Vorschriften des Código Civil über die Wertpapiere bemerkbar, daß die französische Terminologie den Gesetzgeber beeinflusste.²⁾ Auch hier wird zwischen "efecto de comercio" und "valor mobiliario" unterschieden, wobei der erste Begriff ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen darstellt, das ein Darlehen beinhaltet (z. B. Wechsel, Schuldschein, Scheck usw), der zweite jedoch nicht ausschließlich Gläubigerrechte umfaßt und sich durch eine Emission in großer Zahl auszeichnet (Aktien, Obligationen, usw).³⁾

In den Código de Comercio hingegen ist die französische Terminologie nicht in dem gleichen Maße eingedrungen, und "efecto" hat eine sehr weite Bedeutung in den Art. 266 und 350; den französischen Sinn von "documento crédito" in den Art. 37 und 544, und "valores" und "efectos" wird in den Art. 67, 71, 79 und 320 durcheinandergebracht.⁴⁾

Als weiterer Begriff existiert daneben noch der Ausdruck "título-valor", die wörtliche Übersetzung des deutschen Wortes "Wertpapier".⁵⁾ Außerdem wird

1) Izquierdo Montoro, aaO, S. 520.

2) Izquierdo Montoro, aaO.

3) Izquierdo Montoro, aaO; Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Efecto comercial", S. 566. Gemäß Georges Ripert, 8. Ausg., René Roblot, Bd. II, S. 1 und 4, *Traité élémentaire de droit commercial*, ist die Definition von "effet de commerce" folgende: "L'effet de commerce est un titre négociable qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement." Diese Definition liegt den Art. 477 und 546 des Code de commerce, die durch die Art. 29 und 64 der Loi n 67 - 563 vom 13. Juli 1967 ersetzt wurde, dem Art. 439 Code pénal, dem Art. 888 des Code général des impôts u. a. zugrunde. Gemäß M. de Juglart und B. Ippolito, *Droit commercial*, Bd. I, S. 456 ist ein "titre de crédit" ein Beweismittel im Zivilrecht und "un document nécessaire et suffisant pour obtenir du débiteur l'exécution de la prestation qui y est énoncée".

4) Izquierdo Montoro, aaO.

5) Dieser Begriff wurde 1936 von Garrigues eingeführt und ist der am meisten gebrauchte.

noch von den "títulos de crédito" (entsprechend der französischen Terminologie) gesprochen, wobei aber nicht die Traditionspapiere ("títulos de tradición") ausgeschlossen sind, jedoch auch nicht alle Rechte eingeschlossen sind, wie sie die Teilnehmerpapiere ("títulos de participación") oder die Papiere, die eine Rechtsstellung ("status jurídico") verschaffen, gewähren.¹⁾

b.) Die Grundlagen des spanischen Wertpapierrechtes

Die Grundgedanken des spanischen Wertpapierrechtes ähneln denen des deutschen Wertpapierrechtes.²⁾ Auch hier ergibt sich die Besonderheit des jeweiligen Wertpapiers aus der Verbindung eines Rechtes mit dem Papier im Zusammenhang mit der jeweiligen Funktion im Rechtsverkehr.³⁾ Es werden die bekannten Theorien über die Entstehungsmöglichkeiten von Wertpapieren vertreten.⁴⁾ Charakteristisch ist auch im spanischen Recht die vollständige Eingliederung oder Verbindung zwischen Recht und Papier in der Art, daß dieses Recht durch das Papier verkörpert wird: um das Recht geltend zu machen ist der Besitz des Papiers nicht nur erforderlich, sondern bereits ausreichend.⁵⁾ Auch hier gilt der Satz: "Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier."⁶⁾ Der Besitzer braucht sein Recht nicht zu beweisen, und der Schuldner wird von seiner im Wertpapier verkörperten Leistungspflicht befreit, wenn er guten Glaubens an ihn leistet (Art. 1164 C. c.).⁷⁾ Weiterhin wird der Inhalt und der Umfang des Rechtes durch den Wortlaut des Pa-

1) Izquierdo Montoro, aaO; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 395.

2) Die Arbeiten der bekannten spanischen Autoren des Handelsrechtes stützen sich in ganz besonderem Maße neben der italienischen und französischen auch auf die deutsche zivil- und handelsrechtliche Literatur (z. B. Antonio Polo, Garrigues).

3) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 657; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 396; Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Título", S. 1254.

4) Den Meinungsstreit schildert breit Garrigues, aaO, S. 657 ff (insbesondere die teoría contractual, teoría unilateral, die teorías intermedias wie die teoría de la buena fe, teoría de la propiedad, teoría de la emisión, teoría de la apariencia jurídica, teoría del derecho pendiente).

5) Querol Bellido, aaO, S. 1254; Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 396 u. 401; für die Inhaberpapiere; Garrigues, aaO, S. 648: Der Besitz des Wertpapiers ist conditio sine qua non für die Ausübung des Rechtes.

6) Garrigues, aaO, S. 646, 649, 650. Dieser Satz bedeutet, daß das Papier wegen seiner Eigenschaft als Sache auch sachenrechtlichen Grundsätzen unterworfen ist.

7) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 396. Hierbei handelt es sich um den Grundsatz der Autonomie des Rechtes für den rechtmäßigen Besitzer.

pieres bestimmt.¹⁾ Neben diesen fundamentalen Wesenszügen der Wertpapiere hat jedes einzelne Papier seine eigenen besonderen Voraussetzungen.

Je nach Gesichtspunkt lassen sich die Wertpapiere verschiedenartig unterscheiden:

1. Gemäß ihrer Form wird zwischen Namens-, Order- und Inhaberpapieren unterschieden.²⁾ Diese Formen können sich im Laufe der Existenz des Wertpapieres ändern.³⁾
2. Nach dem verkörperten Recht wird folgendermaßen aufgegliedert:
 - a. Wertpapiere, die das Recht auf die Zahlung einer Geldmenge geben (Wechsel, Scheck, Banknoten usw).
 - b. Wertpapiere, die das Recht auf die Aushändigung einer Sache geben wie die Traditions- oder Repräsentationspapiere, die dem Besitzer die ausschließliche Verfügungsgewalt über die in diesen Papieren genannten Waren geben (Lager- und Frachtscheine, Konnossement).⁴⁾ Hiermit dürfen die nicht für den Verkehr bestimmten "títulos improprios" (Garderobenscheine, Gepäckaufbewahrungsscheine) nicht verwechselt werden, deren Bestimmung nur darin zu sehen ist, dem Verwahrer die reguläre Rückgabe der verwahrten Sachen zu erleichtern, weil der Rückgabeanspruch auch ohne das Papier entsteht und anerkannt werden muß, wenn es z. B. verloren gegangen ist.⁵⁾
 - c. Wertpapiere, die das Recht auf die Inanspruchnahme einer Dienstleistung geben (Eisen- oder Straßenbahnfahrschein, Theaterkarten usw).
 - d. Wertpapiere, die eine Gesellschafterstellung vermitteln (Aktien).
3. Nach der zugrunde liegenden causa werden die kausalen und abstrakten Wertpapiere unterschieden. Die ersten sind dabei jene, bei denen sich der Schuld-

1) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO. Hier handelt es sich um den Grundsatz "literalidad del derecho". Querol Bellido in Beltrán, Diccionario "Título", S.1254; Roldán, ebenda, "Títulos al portador", S.1258.

2) Garrigues, aaO, S.657; Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO; Palá Berdejo, Contribución al estudio de los títulos nominativos, Revista de Derecho Mercantil, 1951, S.305 ff.

3) Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S.397.

4) Robles, Los títulos de tradición en el Derecho español, Revista de Derecho Mercantil, 1947, S.191; Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO.

5) Robles, aaO, Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO.

ner dem Gläubiger gegenüber auf Einreden und Einwendungen berufen kann.¹⁾ Bei den zweiten ist die zugrunde liegende causa gegenüber der in der Urkunde ausgedrückten Verpflichtung zurückgetreten, und der Schuldner hat diese Möglichkeit nur noch in ganz bestimmten Ausnahmefällen.²⁾

c.) Für das Depotgeschäft wichtige Besonderheiten des spanischen Wertpapierrechtes gegenüber dem deutschen

Hinsichtlich eines Wertpapiers, das sich im offenen Depot einer spanischen Bank befindet, können Fragen auftauchen, deren Beantwortung sich aus dem Wesen des Papiers selbst ergeben muß. Hierzu gehört die Frage, wie Wertpapiere übertragen werden und ob (und ggf. unter welchen Bedingungen) Wertpapiere gutgläubig erworben werden können. Nach der ständigen Rechtsprechung des Tribunal Supremo darf nämlich die Bank die hinterlegten Wertpapiere nur an ihren rechtmäßigen Inhaber zurückgeben.³⁾ Da sich in einigen Punkten die spanische Regelung von der deutschen unterscheidet, ist jene hier darzustellen.

aa.) Die Übertragung von Wertpapieren

Bei den Rektapapieren erfolgt die Übertragung durch Zession,⁴⁾ bei den Orderpapieren durch Indossament.⁵⁾ Auf die gesetzlichen Regelungen kann verwiesen werden.

Für das Depotgeschäft von Bedeutung ist dagegen die Übertragung von Inhaberpapieren, denn meistens handelt es sich bei den hinterlegten Wertpapieren um Inhaberaktien oder Inhaberoptionen. Hierfür ist grundlegend Art. 545 C. de c., der bestimmt, daß sie durch die einfache Übergabe des Papiers übertragen wer-

1) Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO.

2) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 648 ff.

3) Tr. S. vom 6. Dez. 1895; 27. Febr. 1897; 13. Nov. 1901; 27. April 1906; 24. Dez. 1906; 24. Juni 1914; 2. Juli 1915; 18. März 1919; 16. Jan. 1929; 19. Febr. 1930 u. a.

4) Vgl. Art. 1526 C. c.

5) Vgl. Art. 461 ff C. de c.; zur Übertragung von Wertpapieren Garrigues, aaO, S. 666; Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 408; Demoque, La transferencia de Propiedad en las ventas en bolsa de valores mobiliarios, R. D. P., 1934, S. 1 ff, wo der Rechtszustand vor dem Erlaß des Dekrets vom 19. Sept. 1936 erörtert wird.

den. Hinzukommen muß gem. Art. 74 C. de c., daß die Übergabe im Zusammenhang mit einem Vertrag geschieht, durch den sie veräußert werden sollen.¹⁾ Der Código de Comercio schafft damit für die Übertragung von öffentlichen, industriellen und handelsrechtlichen Wertpapieren die größtmögliche Freiheit, wenn er bestimmt, daß jeder alleine solche Verträge abschließen kann.²⁾ Diese Regelung entspricht auch dem Wesen der Inhaberpapiere, deren Ziel es ist, eine schnelle und einfache Übertragung von Werten zu ermöglichen.

bb) Das Decret vom 19. Sept. 1936

Diese einfache und zweckmäßige Form der Übertragung von Inhaberpapieren entsprechend den Art. 74 iVm 545 C. de c. besteht heute indes de facto nicht mehr.³⁾ Durch das Decret vom 19. Sept. 1936 und die folgenden Gesetze, die es bestätigen und erweitern, wurde sie praktisch abgeschafft, und so haben sich die Vorteile der Inhaberpapiere gegenüber anderen Wertpapieren fast vollkommen verflüchtigt.⁴⁾ Ein Autor geht sogar so weit, davon zu sprechen, daß das spanische Wertpapierrecht durch dieses Decret in Konkurs gegangen sei.⁵⁾ Laut seiner Präambel wurde es geschaffen, "um den Umlauf von Wertpapieren zu verhindern, die unrechtmäßig während der Herrschaft der Frente Popular in den gerade eben vom Heer wiedereroberten Gebieten erworben wurden, und um Rechenschaft darüber zu fordern, woher sich diese Tatsachen (d. h. der Erwerb der Wertpapiere) herleiten, und um die Herausgabe an ihre rechtmäßigen Besitzer zu erleichtern". Diese Formulierung läßt auf eine kriegsrechtliche Sonderregelung mit zeitlich begrenzter Geltungsdauer schließen.⁶⁾

Das Decret vom 19. Sept. 1936 erklärt in Art. 1 das Verbot, öffentliche Wertpapiere,⁷⁾ Industrie- und Handelspapiere (valores publicos, industriales y mer-

1) Tr. S. vom 4. Nov. 1926.

2) Blanco Constans, Estudios de Derecho mercantil, S. 91, 92; Tr. S. vom 12. Dez. 1960 für die Veräußerung von Aktien.

3) Blanco Constans, aaO, S. 92; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 403.

4) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 428; Uría, aaO, S. 692; Blanco Constans, aaO, S. 93.

5) Izquierdo Montoro, aaO, S. 538.

6) Suarez de Figueroa, Algo sobre el depósito de valores en los Bancos, Revista General de Derecho, 1950, S. 152.

7) Unter "öffentlichen Wertpapieren" wird gem. Art. 68 C. de c. iVm Art. 22 des Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 folgendes verstanden:

a) Wertpapiere, die Kredite gegen den Staat, die Provinzen, die Gemeinden und autonome staatliche Körperschaften darstellen (Forts. s. S. 36)

cantiles)¹⁾ ohne Mitwirkung eines Börsenagenten (agente de cambio y bolsa),²⁾ eines Handelsmäklers (corredor de comercio),³⁾ eines Notars (notario)⁴⁾ oder eines "interprete de buques" (die entsprechende Position für das Seewesen)⁵⁾ zu übertragen. Dabei muß es sich um "agentes mediadores colegiados"⁶⁾ handeln, die im Gegensatz zu den "agentes mediadores libres"⁷⁾ Rechtshandlungen vornehmen können, die "fé pública", öffentlichen Glauben, genießen.⁸⁾ Diese Agentes mediadores colegiados, auch Fedatarios⁹⁾ genannt, müssen bei der Übertragung von Wertpapieren zuvor sorgfältigst die Rechtmäßigkeit des Besitzes des Übertragenden überprüfen, Art. 4 des Decretes. Tun sie es nicht, so sind sie

Fortsetzung der Fußnote 7) zu Seite 35:

- b) Wertpapiere, die von ausländischen Staaten emittiert wurden, wenn ihr Handel in der richtigen Form durch die spanische Regierung gestattet wird.
 - c) Wertpapiere, die von den staatlichen Kreditanstalten emittiert werden können.
 - d) Wertpapiere, die mit solchem Charakter auf Grund von gesetzlichen Vorschriften emittiert werden können.
- 1) Unter "privaten Wertpapieren" versteht das Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 ähnlich wie der Código de Comercio laut Art. 25 die privaten nationalen Wertpapiere und die Wertpapiere, die von ausländischen Gesellschaften emittiert worden sind. Unter nationalen Wertpapieren versteht es "alle von Gesellschaften, anderen juristischen Personen, Investmentfonds und von natürlichen Personen mit hypothekarischem Charakter emittierten Wertpapiere von spanischer Nationalität, immer dann, wenn sie sich nach den Normen des Privatrechts richten".
 - 2) Vgl. hierzu insbesondere Art. 88 ff C. de c. (Art. 95 C. de c.) und Eduardo Polo, Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio, S. 20 ff.
 - 3) Vgl. Art. 88 ff und 106 ff C. de c.; zu den Aufgaben der corredores de comercio, Eduardo Polo, aaO, S. 12 ff.
 - 4) Vgl. Art. 88 ff C. de c. (Art. 93 C. de c.); Garrigues, Curso, Bd. I, S. 618, 619.
 - 5) Vgl. Art. 88 ff C. de c. (Art. 106 ff C. de c.); Garrigues, aaO.
 - 6) Vgl. Art. 89 I C. de c.; Eduardo Polo, aaO.
 - 7) Vgl. Art. 89 II C. de c.; Eduardo Polo, aaO.
 - 8) Vgl. Art. 93 III C. de c.
 - 9) Zu diesem Problemkreis neben den oben zitierten Werken auch Suarez Figueroa, Algo sobre el depósito de valores en los bancos, Revista General de Derecho, 1950, S. 151 ff; Eduardo Polo Sobre La calificación jurídica del agente de Cambio y Bolsa, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 335 ff; Uría, Consideraciones sobre la Fé Publica Mercantil, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 121 ff; Demoque, La transferencia de propiedad en las ventas en bolsa de valores mobiliarios, Revista de Derecho Privado, 1934, S. 1.

zivil- und strafrechtlich haftbar. In der Orden vom 4. Juni 1938 wird die Übertragung von Todes wegen der Übertragung "inter vivos" gleichgestellt, was bedeutet, daß der rechtmäßige Besitz des Erblassers geprüft und besonders auf dem Erbschein vermerkt werden muß.

Bestätigt wurden diese Bestimmungen durch das Gesetz vom 23. Febr. 1940 und die Orden vom 24. Febr. 1940. Kurze Zeit später wurden dann die übrigen Übertragungstatbestände gesetzlich derselben Beschwer unterworfen: In der Orden vom 19. Febr. 1941 die Unterbringung jeder Art von Wertpapieren, die direkt von der Emissionsgesellschaft vorgenommen wird; in der Orden vom 19. Juni 1941 jeder Vertragsabschluß über Wertpapiere außerhalb des Bereichs der Börse; für die Umwandlung und den Umtausch von Wertpapieren galt bereits die Orden vom 13. Juni 1936. Die Folge dieser Bestimmungen ist, daß seither jede Übertragung, jeder Handel und jeder sonstige Besitzwechsel von Wertpapieren der Mitwirkung eines Fedatario bedarf.¹⁾

Obwohl sich Sinn und Zweck dieser ursprünglich kriegsrechtlichen Bestimmungen heute gewandelt haben, hat der Gesetzgeber sie nicht abgeschafft, sondern sogar durch das Decreto vom 14. Dez. 1951 ausdrücklich bestätigt.

Ausschlaggebend waren dabei steuerrechtliche Gründe. In Art. 17 des Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 iVm Art. 63 der Ley de Reforma Tributaria vom 16. Dez. 1940 hat sich der Staat eine vollkommene Kontrollmöglichkeit über den Wertpapierverkehr geschaffen. Hier ist bestimmt, daß die Agentes mediadores colegiados die Verpflichtung haben, vierteljährlich über die zuständigen Juntas Sindicales²⁾ die Namen der Veräußerer und Erwerber der durch ihre Mithilfe getätigten Wertpapiergeschäfte dem Ministerio de Hacienda (Finanzministerium) unter Angabe der genauen Einzelheiten mitzuteilen.³⁾

1) Suarez de Figueroa, aaO, S. 153.

2) Vgl. Art. 92 C. de c.

3) Diese Regelung zog später eine genauere gesetzliche Ausgestaltung der steuerlichen Überwachung der Bezahlung der erforderlichen Steuern (insbesondere Kapitalsteuern) nach sich. So wurde durch das Decret vom 28. März 1941 das Registro Central de Rentas y Patrimonios geschaffen, das heute durch die Orden vom 22. Febr. 1958 in den Servicio Central de Información para la gestión e investigación de los Tributos integriert wurde und durch die Orden vom 15. Dez. 1958 reorganisiert wurde (Nr. 3, 5 und 8 regeln die genauen Ziele dieser Behörde). In diesen Zusammenhang fällt auch Art. 60 der Ley de Reforma Tributaria vom 11. Juni 1964, der folgendes anordnet: "Unbeschadet ihrer Verpflichtungen hinsichtlich der Zurückbehaltung der Steuer ist jede Person oder Gesellschaft, die in Spanien beheimatet, wohnhaft oder vertreten ist, und die irgendeine der Geldsummen, die jenem (Gesetz) unterliegen, auf

cc.) Die Póliza

Der Fedatario, der bei einer Übertragung von Wertpapieren mitwirkt, stellt darüber eine Bescheinigung aus, "póliza" genannt. Auf ihr werden die Wertpapiere genau nach Serien, Numerierung und Klassen bezeichnet. Werden durch einen Übertragungsakt verschiedene Arten von Wertpapieren übertragen, so wird für jede Art eine Póliza ausgestellt. Werden die gesamten auf einer Póliza genannten Wertpapiere veräußert, so stellt der Fedatario nach Prüfung der Echtheit und Rechtmäßigkeit des Besitzes des Veräußerers eine neue aus und entwertet die alte. Wird ein Teil der auf der Póliza genannten Wertpapiere übertragen, so wird diese lediglich berichtet.

dd.) Die Rechtsnatur der Póliza

Mit Hilfe der Póliza kann der Inhaber der Wertpapiere jederzeit sein Eigentum beweisen, was er z. B. muß, wenn er diese Papiere verkaufen will. Gemäß Art. 93 C. de c. legt die Póliza vor Gericht Beweis über den in ihr beurkundeten Vorgang ab ("Los libros y las pólizas de los agentes colegiados harán fé ¹⁾ en juicio"). Allerdings darf die Wirksamkeit der Póliza nicht in einem so absoluten Sinne verstanden werden, daß durch sie jeder weitere Beweis für die rechtmäßige Inhaberschaft einer anderen Person ausgeschlossen wäre.²⁾ Sie ist eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 596 und 1261 Enjuiciamiento Civil (der spanischen Zivilprozeßordnung).³⁾ Damit sie aber ihren offiziellen Charakter erhält, müssen die Handlungen der Agentes mediadores colegiados in Erfüllung der ihnen offiziell anvertrau-

Fortsetzung der Fußnote 3) zu Seite 37:

eigene oder auf fremde Rechnung bezahlt oder diskontiert, verpflichtet, (dies) der Verwaltung in der Art und Weise und in der Frist, die in diesem Zusammenhang mitgeteilt wird, unter Angabe der Identität und des steuerrechtlichen Wohnsitzes der jeweiligen Empfänger mitzuteilen." Zur Durchführung dieser Vorschrift wurde die Orden vom 4. Dez. 1964 erlassen, in deren Nr. 3 die genauen Angaben aufgezählt sind, die in diesen Erklärungen enthalten sein müssen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ley del Impuesto sobre las Rentas del Capital in der ergänzten Fassung des Decreto vom 23. Dez. 1967 (insbesondere Art. 41).

- 1) Zur Bedeutung dieses Begriffes Uría, Consideraciones sobre la Fé Pública Mercantil, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 123.
- 2) Tr. S. vom 20. Febr. 1897; 20. Juni 1897; in diesem Sinne auch Tr. S. vom 23. April 1965.
- 3) Tr. S. vom 18. Okt. 1961.

ten Funktionen erfolgt sein.¹⁾

Die Rechtsprechung ist nicht eindeutig hinsichtlich der Frage, ob die Mitwirkung eines Agente mediador colegiado oder Fedatario ein wesentliches formelles Erfordernis des kausalen Geschäftes oder des Übertragungsgeschäftes ist. In dem ersten Sinn können die Entscheidungen vom 8. Febr. 1949 und vom 6. Okt. 1956 gesehen werden. Die Entscheidungen vom 26. Febr. 1945, vom 19. Dez. 1946, vom 13. April 1957 und die jüngste vom 4. Febr. 1971 bestätigen jedoch die Wirksamkeit eines Kaufvertrages über Aktien, der ohne Mitwirkung eines Fedatarios zustande gekommen ist, und erklären, daß die Parteien auf Grund des Art. 1279 C. c. erzwingen können, die Übertragung der Wertpapiere unter der erforderlichen Mitwirkung durchzuführen. Sie fügen hinzu, daß das Fehlen der Mitwirkung beim Vertragsabschluß kein Hindernis für seine Existenz und Wirksamkeit ist.

Für diese letzte Entscheidung des Tribunal Supremo spricht auch der Wortlaut des Art. 1 des Decret vom 19. Sept. 1936, wo die "Übertragung" ("transmisión") von Wertpapieren verboten wird.²⁾ Auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung sprechen für diese Auslegung. Nur der rechtmäßige Besitzer von Wertpapieren soll diese übertragen dürfen, und dazu ist lediglich erforderlich, daß die Nichtigkeit des Übertragungsaktes ausgesprochen wird, wenn die Prüfung der Rechtmäßigkeit nicht stattgefunden hat. Die Literatur geht ebenfalls von der Wirksamkeit des kausalen Geschäftes aus.³⁾

ee.) Die "Irrevindicabilidad" von Wertpapieren

Auch im spanischen Recht existiert die Möglichkeit, vom Nichtberechtigten Wertpapiere zu erwerben. Die gesetzliche Regelung findet sich in Art. 545 Nr. 3 C. de c. Dort ist bestimmt, daß der Eigentümer seine Wertpapiere nicht mehr

- 1) Tr. S. vom 26. Jan. 1889; hierzu auch Demoque, La transferencia de propiedad en las ventas en bolsa de valores mobiliarios, Revista de Derecho Privado, 1936, S. 3 ff (zu dem Zeitpunkt dieser Veröffentlichung galt zwar das Decret vom 19. Sept. 1936 noch nicht, aber das, was dort zwingend angeordnet wurde, bestand bereits vorher als Möglichkeit in Art. 545 III C. de c.).
- 2) Suarez de Figueroa, aaO, S. 153: "Transmisión es acción y efecto de transmitir o sea enajenar, ceder o dejar a otro un derecho o otra cosa".
- 3) Verdura y Tuells, Aspectos típicos del contrato bursátil, S. 168; Uría, Derecho Mercantil, S. 220; De Castro, Derecho civil de España, Bd. I, S. 596 ff; ders., El negocio jurídico, S. 473.

zurückfordern kann (den Vindikationsanspruch geltend machen kann = *reivindicación*), wenn der Erwerber sie unter Mitwirkung eines *Fedatarios* erworben hat.¹⁾ Erforderlich ist, daß dabei sämtliche Formalitäten eingehalten werden müssen, die für einen solchen Übertragungsvorgang vorgesehen sind;²⁾ der Veräußerer muß mittels der *Póliza* seinen rechtmäßigen Besitz beweisen können,³⁾ der *Fedatario* muß dem Erwerber in Ausübung seines Amtes eine neue *Póliza* ausstellen,⁴⁾ der zugrunde liegende Vertrag muß wirksam sein.⁵⁾ Wie zu ersehen ist, sieht die gesetzliche Regelung des Art. 545 C. de c. von dem Erfordernis der Gutgläubigkeit des Erwerbers ab.⁶⁾ Nicht erforderlich ist, daß der Vertrag im Bereich der Börse zustande kam.⁷⁾

d.) Spanische Wertpapiere, die in das Depot genommen werden

Auf Grund der Benennung von bestimmten Wertpapieren in Art. 308 C. de c. und Art. 7 der *Estatutos del Banco de España* kann alleine noch keine Abgrenzung in dem Sinne vorgenommen werden, daß gewisse Wertpapiere depotfähig sind und andere nicht. Bei der Betrachtung von Art. 308 C. de c. muß wohl vielmehr gefolgert werden, daß offensichtlich durch die Verwendung von vier verschiedenen Ausdrücken für einen Oberbegriff gerade keines dieser Papiere von einer Hinterlegung ausgeschlossen werden sollte. Auf Grund von Art. 310 C. de c. kann an-

- 1) Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, daß in einigen Fällen hier Art. 464 C. c. analog angewandt wird. Danach muß der Erwerber die Sache dann zurückgeben, wenn er zuvor ihren Wert ersetzt bekommen hat. Art. 464 C. c. regelt den Fall der Versteigerung von gestohlenen oder abhanden gekommenen Gegenständen in öffentlichen Pfandhäusern (*Montes de Piedad autorizados por los gobiernos*). Hierzu auch Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol I, S. 88.
- 2) Tr. S. vom 3. Jan. 1947.
- 3) Decret vom 19. Sept. 1936 und die nachfolgenden Gesetze, die es bestätigen und erweitern.
- 4) Tr. S. vom 20. Mai 1895; 24. Mai 1905.
- 5) Tr. S. vom 5. Juli 1906; 25. Okt. 1912; 7. März 1925; 21. Juni 1928.
- 6) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 403. Zur Diskussion über die Frage, ob hier nicht doch die Gutgläubigkeit des Erwerbers erforderlich ist vgl. Izquierdo Montoro, aaO, S. 539; Garrigues, *Contratos Bancarios*, S. 420; ders., *Curso*, Bd. I, S. 661; Pellisé Prats, *La irreivindicabilidad de los títulos al portador y su denuncia como sustraídos o extraviados*, *Revista de Derecho Mercantil*, 1951, S. 47 ff; Gonzalez de Echávarri y Vivanco, *La Irreivindicabilidad de los títulos al portador*, *Revista de Derecho Privado*, 1917, S. 69 ff.
- 7) Tr. S. vom 29. März 1902.

dererseits auch nicht der gegenteilige Schluß gezogen werden, Art. 308 C. de c. bestimme, alle unter diesen Begriff fallenden Wertpapiere müßten von den Banken in Verwahrung genommen werden. Dem Verwahrer sollte es vielmehr freigestellt werden, welche Wertpapiere er ins Depot nehmen will. Auch aus den Bestimmungen der Estatutos del Banco de España ergibt sich keine Klärung, denn hier wird lediglich gesagt, daß "Wertpapiere" ("valores mobiliarios") verwahrt und verwaltet werden.

Laut Garrigues sind Vertragsobjekte des offenen Depots die handelbaren Inhaber- oder Namenspapiere, deren Verwaltung im wirtschaftlichen Sinne die Ausübung der in der Urkunde verkörperten Rechte erfordert.¹⁾ Als Beispiele nennt er: acciones (Aktien), obligaciones (Obligationen), bonos de fundador (Gründeranteile), bonos de caja (Schuldverschreibungen), extractos de inscripción (Eintragungsauszüge bei Investmentfonds) und cupones (Kupons). Allerdings faßt er diese Aufzählung nicht als vollständig auf. Ausgeschlossen seien aber die "efectos de comercio" im Sinne der französischen Terminologie, also im Sinne von Papieren, die nicht in großer Zahl emittiert werden, sondern die Folge einer Handelstätigkeit zwischen zwei Privatpersonen sind (z. B. Schuldscheine, Wechsel usw.).²⁾ Weiterhin seien generell die Wertpapiere ausgeschlossen, die als Geldersatz betrachtet werden.

Die Frage, welche Wertpapiere in das Depot genommen werden, läßt sich nicht für alle spanischen Banken gemeinsam beantworten. Die Banken pflegen weder in ihren Estatutos noch in den Condiciones Generales irgendwelche diesbezüglichen Angaben zu machen.³⁾ Auch in der Literatur finden sich keine genaueren Aufzählungen als die eben erwähnte von Garrigues.⁴⁾ Dennoch kann generell gesagt werden, daß Wertpapiere angenommen werden, die auf einmal in Serien emittiert werden. Allerdings erklären sich einige Banken auch bereit, z. B. Lotterielose vor der Ziehung zu verwahren und sie zu verwalten, d. h. gegebenen-

1) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 412.

2) Garrigues, aaO.

3) Z. B. Art. 7 der Estatutos del Banco de España: "valores mobiliarios"; Nr. 20 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlantico: "valores"; Nr. 2 der Condiciones Especiales del Banco Ibérico por las que se regula el contrato de Depósito de valores: "títulos"; Aufdruck auf dem Resguardo de Depósito del Banco Comercial para América: "valores"; ebenso die Banco de Madrid und die Banco Español de Crédito u. a.

4) Z. B. Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 413, Blanco Constans, aaO, Bd. III, S. 495; Vicente y Gella, aaO, Bd. II, S. 95.

falls den Gewinn einzuziehen.¹⁾ Laut Langle y Rubio nehmen Banken manchmal sogar Wechsel ins Depot, wobei die Verwaltung dann darin besteht, darauf zu achten, daß sie bei Fälligkeit bezahlt werden.²⁾ Andererseits kann wohl auch davon ausgegangen werden, daß die Banken die Wertpapiere in das Depot nehmen, die an einer spanischen Börse notiert werden.³⁾ Immer wird die Bank aber ihrer Entscheidung wirtschaftliche Gesichtspunkte zugrunde legen; ein Kontrahierungszwang zum Abschluß eines bestimmten Depotvertrages besteht nicht. Zur Börsennotierung zugelassen und Gegenstand des Börsenvertrages gem. Art. 67 C. de c. sind einerseits die öffentlichen Wertpapiere und Effekten und andererseits die industriellen und handelsrechtlichen Wertpapiere, die von Privatleuten oder von Gesellschaften oder Unternehmen, die vorschriftsmäßig errichtet sind, herausgegeben wurden.⁴⁾ Ihr Handel ist nur dann gem. Art. 65 C. de c. erlaubt, wenn sie an der Bolsas de creación privada⁵⁾ oder an den Bolsas de creación oficial⁶⁾ für handelbar erklärt wurden.

-
- 1) Dies tun z. B. die Banco Español de Crédito und die Banca March, nicht aber die Banco Mercantil e Industrial laut Auskunft in den Hauptfilialen in Barcelona.
 - 2) Langle y Rubio, aaO, Bd. II, S. 131.
 - 3) Zu der Frage der Zulassung von Wertpapieren an einer Börse Antonio Polo, *La admisión de valores a la cotización oficial*, S. 51 ff.
 - 4) Zu den Definitionen der öffentlichen und privaten Wertpapiere oben S. 35, 36.
 - 5) Zwar besteht auf Grund von Art. 65 C. de c., von Art. 18 des Decreto-Ley vom 30. April 1964, von Art. 5 des Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 und des Reglamento de Bolsines Oficiales de Comercio vom 6. Juni 1969 die Möglichkeit, private Börsen zu errichten. Solche Börsen existieren heute in Spanien jedoch nicht.
 - 6) Die öffentlichen Börsen werden in Art. 1 des Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 definiert als "Einrichtungen von wirtschaftlichem Charakter, die als Ziel die öffentliche handelsrechtliche Vertragsabschließung über die in Art. 67 C. de c. und in Art. 56 dieses Reglamento aufgezählten Materien haben, die wegen der juristischen und wirtschaftlichen Sicherheit der Vereinbarungen und wegen der öffentlichen Verkündung der Preise in einem kollegialen Regime der Vermittlung (*régimen colegiado de mediación*) organisiert sind". Daneben existieren aber auf Grund der in der vorhergehenden Fußnote aufgezählten Vorschriften noch die sog. "Bolsines derivados por los Colegios de Corredores Colegiados de Comercio y creados con autorización del Ministerio de Hacienda". Zu der Organisation dieser Börsen Garrigues, *Curso*, Bd. I, S. 58.

2.) Die ausländischen Wertpapiere

In den Depotbestimmungen der Banken wird oft ganz allgemein von der Verwahrung ausländischer Wertpapiere gesprochen, ohne daß irgendwelche näheren Ausführungen über die Art und Weise der Deponierung oder die Beschaffenheit dieser Papiere gemacht würden.¹⁾ Auch Art. 7 der Estatutos del Banco de España bestimmt nur, daß auch ausländische Wertpapiere Gegenstand des Depotvertrages sein können, wenn ihre Zulassung in Spanien gesetzlich erlaubt ist. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen ausländischen Wertpapieren, die an einer spanischen Börse zur Börsennotierung zugelassen sind, und solchen, die lediglich im Ausland notiert werden.

a.) Ausländische Wertpapiere, die an einer spanischen Börse notiert werden

Zu den Voraussetzungen für die Zulassung zur offiziellen Notierung von spanischen Wertpapieren kommen noch weitere Erschwernisse hinzu, wenn es sich um ausländische Wertpapiere handelt.²⁾ Diese Wertpapiere werden aber dann, wenn sie diese notwendigen Voraussetzungen erfüllen, wie spanische Wertpapiere behandelt. Beim letzten Stand dieser Untersuchung gab es nur zwei Wertpapiere dieser Art, und zwar die Anleihen zweier marokkanischer Städte, für die der spanische Staat eine Bürgschaft übernommen hatte.

b.) Ausländische Wertpapiere, die nicht in Spanien notiert werden

In den depotrechtlichen Vorschriften der Banken wird nicht ausgeführt, ob es sich bei dem Depot von ausländischen Wertpapieren um eine offene oder ver-

- 1) Die allgemeine Zulassung von ausländischen Wertpapieren wird in Spanien auf Grund von Art. 4 der Ley Hipotecaria und Art. 36 des Reglamento Hipotecario, von Art. 7 des Reglamento del Registro Mercantil und von Art. 600 Enjuiciamiento Civil anerkannt. Diese letztgenannte Vorschrift der spanischen Zivilprozeßordnung gibt den Dokumenten, die von ausländischen Personen ausgestellt sind, vor Gericht denselben Wert wie spanischen Papieren. Hierzu Mantero in Beltrán, Diccionario, "Títulos extranjeros", S. 1255 ff.
- 2) Eine ausführliche Zusammenfassung aller Voraussetzungen, die neben den Voraussetzungen für die Zulassung von spanischen Wertpapieren zur Börsennotierung für die Zulassung von ausländischen Wertpapieren noch hinzukommen müssen, Antonio Polo, La admisión de valores a la cotización oficial, S. 83 ff.

schlossene Verwahrung handeln und wie gegebenenfalls den Besonderheiten der Verwaltung dieser Papiere Rechenschaft getragen werden soll, welche Voraussetzungen die Bank an den Vertragsabschluß stellt usw. Es muß also davon ausgegangen werden, daß sich die Banken die Entscheidung jeweils für den Einzelfall vorbehalten wollen.

Eine Anfrage bei den wichtigsten spanischen Banken führte zu dem Ergebnis, daß die Verwahrung von ausländischen Wertpapieren in Spanien selbst die große Ausnahme ist. Viele Banken lehnen es generell ab, einen Depotvertrag über ausländische Wertpapiere abzuschließen.¹⁾ Andere erklären sich bereit, dies in Ausnahmefällen zu tun.²⁾ Anzunehmen ist jedoch, daß die Banken sich nur dann verpflichten werden, wenn sich für sie dieser Aufwand lohnt.

In diesem Zusammenhang ist aber folgende Lösung gefunden worden: Einige Banken haben im Ausland besondere Gesellschaften gegründet, deren Aufgabe es unter anderem auch ist, die Verwahrung und Verwaltung von ausländischen Wertpapieren für die Gründerbank oder für deren Kunden durchzuführen.³⁾ Andere Banken haben auf diese Gründung verzichtet und arbeiten dafür mit ausländischen Banken zusammen, die ihnen gegenüber die gleichen Funktionen haben.⁴⁾ Die Verwahrung erfolgt dabei in der Form des *dépôt à rubriques*, d.h. die ausländische Bank ist der Drittverwahrer.⁵⁾ Hinzuzufügen ist noch, daß einige spanische Banken ihren Depotkunden noch besondere Sicherheiten beim Abschluß des Vertrages anbieten.⁶⁾

-
- 1) Z. B. Banco de Levante, Banco Exterior de España, Banco Internacional de Comercio, Banco de Bilbao, Banco de Madrid, Banco de Formento. Auch die ausländischen Banken tun dies nicht wie z. B. Banque de Paris, Morgan Guaranty Trust Company, Banco Nacional de Mexico.
 - 2) Z. B. Banco Comercial Transatlantico, Banco Atlantico, Banco Santander, Banco Urquijo, Banco de Bilbao.
 - 3) Banco Urquijo hat z. B. für diesen Zweck die Urquijo Finanz A. G. in Zürich und ab Sommer 1973 die Banco Urquijo Limited in London, und die Banco de Bilbao den Servicio España gegründet.
 - 4) Z. B. Banco de Santander, Banco Atlantico, Banco Español de Crédito. Auch die spanischen Banken, die eigene Gesellschaften gegründet haben, werden sich da, wo eine Arbeit dieser Gesellschaften rechtlich oder wirtschaftlich nicht möglich ist, dieser Möglichkeit bedienen.
 - 5) Auskunft der Banco Atlantico: "Los títulos quedarían depositados en un Banco corresponsal a nombre de nuestro banco, bajo rúbrica del cliente."
 - 6) Die Banco Urquijo übernimmt z. B. auf Wunsch eine Bürgschaft für die Depotbank.

III.) Das Zustandekommen und die Form des Vertrages

1.) Das Zustandekommen des Vertrages

Der offene Depotvertrag kommt als Realvertrag durch die Übergabe der zu verwahrenden Wertpapiere zustande.¹⁾ Dabei muß bei den Vertragsparteien Übereinstimmung darüber bestehen, daß ein Depotvertrag geschlossen werden soll.²⁾ Die Übergabe kann schon vor der Einigung stattgefunden haben.³⁾ Eine Absprache über die Entgeltlichkeit des Vertrages ist entbehrlich, da diese gemäß Art. 304 C. de c. vermutet wird.⁴⁾ Derjenige, der das Bestehen eines Depotvertrages behauptet, muß beweisen, daß die Sache ausgehändigt wurde, um sie zu bewachen und wieder zurückzugeben.⁵⁾

Auch im spanischen Recht gibt es Meinungen, die davon ausgehen, daß der Depotvertrag seiner Rechtsnatur nach ein Konsensualvertrag sein kann.⁶⁾ Aber auch

- 1) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 412; Villar y Romero, aaO, S. 40; Langle y Rubio, Manual, Bd. III, S. 354; Garrigues, Curso, Bd. II, S. 156.
- 2) Tr. S. vom 5. März 1919.
- 3) Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 81; Tr. S. vom 21. Mai 1896.
- 4) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 406; Langle y Rubio, aaO, S. 356; Vicente y Gella, aaO, Bd. II, S. 126.
- 5) Tr. S. vom 21. März 1908.
- 6) Anlaß hierzu gaben insbesondere die Entscheidungen des Tr. S. vom 21. Mai 1896 und vom 29. Dez. 1927 (vgl. hierzu den Kommentar von Antonio Polo, Revista de Derecho Privado, 1941, S. 424 ff). Auf diesen Entscheidungen baute die vom 26. Nov. 1941 auf: "... denn die genannten Artikel (Art. 1758 C. c. und Art. 305 C. de c.) dürfen nicht so absolut verstanden werden, daß sie nicht die Existenz eines Depotvertrages ohne die Aushändigung der deponierten Sache zulassen Dies (der Crédito mobiliario agrícola und die Prenda sin desplazamiento, ein Pfandrecht, bei dem die Sachen in der Gewalt des Eigentümers belassen werden) beweist, daß das Depot ohne die materielle Übergabe der Sache, die es darstellt, sowie auch mit der immateriellen oder symbolischen Übergabe existieren kann ..." Tatsächlich verflüchtigt sich bei diesen beiden Gesetzen das Wesen des Depotvertrages als Realvertrag. Bei der Prenda agrícola sin desplazamiento behält der Schuldner (bzw. Eigentümer, wenn es sich um verschiedene Personen handelt) das Pfandgut in seiner Gewalt und erwirbt die juristische Stellung eines Verwahrers (vgl. Royal Decreto vom 16. Dez. 1954). Auch die Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión vom 22. Sept. 1917 be-

nach diesen Meinungen soll die Rückgabepflicht erst mit der Übergabe entstehen.

2.) Die Form des Vertrages

Wegen seines Wesens als Realvertrag bedarf der Depotvertrag keiner Schriftform.¹⁾ Um Schwierigkeiten bei der Beweislast zu vermeiden, wird er jedoch regelmäßig schriftlich abgefaßt, wie dies überhaupt bei Bankgeschäften allgemein üblich ist. Dies führt praktisch dazu, daß der Depotvertrag schließlich immer in schriftlicher Form zustande kommt.²⁾

Die eingehaltene Schriftform gleicht der des verschlossenen Depots, d. h., daß die Bank und der Hinterleger unterschiedliche Unterlagen erhalten. Der Hinterleger füllt hierbei eine "Factura" aus, in der die Wertpapiere unter genauer Angabe ihrer Art, ihrer Anzahl, des Nominalbetrages, der Serie und Numerierung nebst Kupons aufgeführt werden.³⁾ Für jede Art von Wertpapieren desselben Hinterlegers wird eine neue Factura ausgestellt. Die Factura verbleibt in der Bank. Daneben tragen die Banken die bei ihnen deponierten Wertpapiere in Depotbücher ein, wobei es persönliche und sachliche Bücher gibt. Der Hinterleger bekommt eine von der Bank ausgefüllte Quittung, einen "Resguardo de Depósito", dem in vielfacher Hinsicht eine besondere Bedeutung für den Depotvertrag zukommt. Hierin sind die gleichen Angaben wie in der Factura enthalten und außerdem die Angabe, an welche Person oder Personen die Rückgabe erfolgen soll.⁴⁾ Oft befinden sich auf der Rückseite Auszüge aus den Condiciones Generales oder nur die Condiciones Especiales del Depósito, deren Klauseln den Depotvertrag betreffen. Wird zunächst nur ein provisorischer Resguardo ausgestellt, so ist die Bank verpflichtet, sobald

Fortsetzung der Fußnote 6) zu Seite 45:

stimmt, daß der Eigentümer der verpfändeten Sachen hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen die Stellung eines Verwahrers innehat. Laut Langle y Rubio, aaO, S. 355 ist dies jedoch eine völlig anormale Modalität des Verwahrungsvertrages, da hier die Stellung des Verwahrers nur deshalb gewählt wurde, um die dort bestehende Rechtslage hinsichtlich der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausnützen zu können; aa: Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 412; Puig Bruteau, Fundamentos, Bd. II, Vol. II, S. 453.

1) Langle y Rubio, aaO.

2) Uría, aaO, S. 658.

3) Vgl. Art. 33 Reglamento del Banco de España.

4) Langle y Rubio, aaO, S. 434; Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 94; vgl. auch Art. 34 des Reglamento del Banco de España.

wie möglich einen endgültigen auszustellen.¹⁾ Treten Änderungen an den deponierten Wertpapieren oder in der Person des Verwahrers oder Hinterlegers auf, so ist der Hinterleger verpflichtet, den Resguardo zur Berichtigung vorzulegen.²⁾

a.) Die Funktion des Resguardo de Depósito als Beweisurkunde

Der Resguardo de Depósito ist eine Beweisurkunde für den Depotvertrag, allerdings nicht für das Eigentum an den deponierten Wertpapieren.³⁾ Daher löscht der Verlust oder das Abhandenkommen eines Resguardo nicht die Herrschaftsrechte über die deponierten Wertpapiere aus.⁴⁾ Der Resguardo beweist lediglich das Zustandekommen des Depotvertrages, ist hierfür aber nicht konstitutiv.⁵⁾ Als Beweisurkunde ist er nicht vollständig, da die Resguardos der Banken normalerweise nicht die vollständigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, die Grundlage des Depotvertrages sind.⁶⁾ Zumindest beweist er aber die Teile der AGB, die auf ihm enthalten sind.⁷⁾ Allerdings kann der Beweis des Bestehens des Depotvertrages auch anders als durch die Vorweisung des Resguardo erbracht werden, nämlich dadurch, daß sämtliche Voraussetzungen des Vertrages bewiesen werden, was u. U. bei einem Verlust oder Abhandenkom-

- 1) Gay de Montellá, aaO, S. 95; Art. 34 des Reglamento del Banco de España.
- 2) Gay de Montellá, aaO; so auch ausdrücklich Nr. 4 der Condiciones Especiales del Banco Iberico por las que se regula el Contrato de Depósito de valores.
- 3) Gay de Montellá, aaO, S. 87; Langle y Rubio, aaO, S. 434; Tr. S. vom 24. April 1895: "Es beweist weder das Dokument, das eine Person unterschreibt, die in ihm feststellt, daß sie von einer anderen eine bestimmte Anzahl von öffentlichen Effekten erhalten hat, die genau entsprechend ihrer Art, Numerierung, ihrem Nominalwert und ihrem Effektivwert bezeichnet sind, die Existenz eines Kaufvertrages jener Effekten, noch sind die Resguardos, die eine Sparkasse oder eine Bank denjenigen aushändigt, die bei ihr Wertpapiere irgendeiner Art in Verwahrung gegeben haben, Traditionspapiere (títulos traslativos de dominio), noch kann man sie für Beweisdokumente halten, um ausschließlich auf ihnen das Eigentum der ins Depot gegebenen Wertpapiere zu begründen ..."; a. A. offenbar Tulla Lobo in Beltrán, Diccionario, "Resguardo", S. 1110 und ebenda García García, "Títulos valores", S. 1260.
- 4) Tr. S. vom 16. Okt. 1918; 26. Nov. 1941.
- 5) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 414.
- 6) Garrigues, aaO; Tr. S. vom 28. Juni 1952.
- 7) Garrigues, aaO.

men des Resguardo geschehen muß.¹⁾

Die praktische Bedeutung des Resguardo liegt daneben noch auf anderen Gebieten. Laut Garrigues gilt dies von "der Tatsache, daß man (ihn) nicht nur als Beweis des Vertrages, sondern auch als Beweis der Wertpapiere selbst zuläßt. Wenn er auch nicht ein Repräsentationspapier der hinterlegten Wertpapiere ist, wurde der Resguardo manchmal dazu benützt, mit ihm ein Pfandrecht zu errichten, wobei er die Wertpapiere ersetzte. Ansonsten hat er auch gegenüber der emittierenden Gesellschaft das Bestehen der verlorenen oder gestohlenen Wertpapiere bewiesen; und man hat ihn auch mit der Einschreibungsurkunde in das Libro-Registro von Aktiengesellschaften verglichen".²⁾ Weiterhin dient er auch dazu, Eintrittskarten für die Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften zu bekommen, und die Gesellschaften zahlen manchmal sogar Dividenden und Zinsen bereits nach Vorweisung des Resguardo aus.³⁾ Zugrunde liegt diesen für den Inhaber eines Wertpapierdepots sehr vorteilhaften Auswirkungen die Überlegung, daß es sehr viel einfacher ist, nur diese eine Urkunde vorweisen zu müssen, als die verwahrten Wertpapiere selber. Außerdem ist die Sicherheit der Wertpapiere größer, denn bei einem Verlust des Resguardo braucht dies bloß der Depotbank mitgeteilt zu werden, die die Wertpapiere wegen der ihr durch die Rechtsprechung auferlegten besonders strengen Prüfungspflichten nicht einem Nichtberechtigten herausgeben darf, ohne Gefahr zu laufen, den Schaden ersetzen zu müssen.⁴⁾

b.) Die Notas numéricas

Neben den Resguardos de Depósito gibt es noch die sog. Notas numéricas. Enthalten sind in ihnen der Name des Hinterlegers und die Erklärung, daß die Bank zu seiner Verfügung den Totalbetrag von x-Peseten Nominalwert von Wertpapieren, die genau bezeichnet sind, verwahrt.⁵⁾ Im Unterschied zu den Resguardos sind hier jedoch keine AGB enthalten. Anstatt Notas numéricas wird ebenfalls die völlig gleichwertige Bezeichnung Relación numérica gebraucht.⁶⁾

1) Tr. S. vom 26. Nov. 1941; 28. Juni 1952.

2) Garrigues, aaO, S. 414.

3) Garrigues, aaO; Martínez Sarrión, Si la posesión de los resguardos de depósito de valores entraña la propiedad de las acciones, Revista de Derecho Privado, 1965, S. 3 ff; García García, aaO.

4) Unten S. 66 ff.

5) Tulla Lobo, aaO, "Nota numérica", S. 876.

6) So z. B. in den Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico.

c.) Die Beurkundung des Nießbrauchrechtes

Wenn die deponierten Wertpapiere mit einem Nießbrauchrecht belastet sind, muß dies im Resguardo erwähnt werden, und das Depot wird auf den Namen des Deponenten und des Nießbrauchberechtigten unter Bezeichnung der rechtlichen Stellung ausgestellt.¹⁾ Für jede Handlung, die eine Verfügung über das Depot enthält, ist die Mitwirkung von beiden erforderlich.²⁾ Der rechtliche Grund hierfür liegt in Art. 494 C. c., der bestimmt, daß in den Fällen, in denen der Nießbrauchberechtigte keine Sicherheit leistet, wenn er dazu verpflichtet ist, der Eigentümer der Wertpapiere verlangen kann, daß diese in einer Bank oder in einer öffentlichen Einrichtung verwahrt werden.³⁾

3.) Die Prüfungspflichten der Bank bei Errichtung des Depots

Das Decret vom 19. Sept. 1936 und die nachfolgenden Gesetze und Verordnungen, die es erweitern und ergänzen, ordnen eine Mitwirkung eines Fedatarios lediglich für den Fall an, daß irgend ein Eigentumswechsel an Wertpapieren stattfinden soll.⁴⁾ Beim offenen Depotvertrag handelt es sich jedoch um eine regulare Verwahrung, so daß hierbei ein Eigentumswechsel nie stattfindet. Aus diesem Grund wird auch immer bei Abschluß des Depotvertrages auf die Mitwirkung von Fedatarios verzichtet.⁵⁾

Fraglich ist, ob die Banken aber dennoch bei Abschluß des Depotvertrages die Eigentumsverhältnisse überprüfen dürfen. Art. 1771 C. c. verweigert grundsätzlich dem Verwahrer das Recht dazu, und auch in der Literatur finden sich Meinungen, die sich unter Berufung auf diesen Artikel dem Verbot anschließen.⁶⁾ Diese Autoren vertreten ihre Meinung aber nicht ausdrücklich auch für das Wertpapierdepot, sondern eher mit dem Blick auf den allgemeinen zivil- oder handelsrechtlichen Verwahrungsvertrag. Sie geben auch keine Begründung.

In der Bankpraxis sind die Banken in der Regel nicht bereit, ohne Überprüfung

1) Garrigues, aaO, S. 415.

2) Garrigues, aaO.

3) Garrigues, aaO.

4) Suarez de Figueroa, aaO, S. 152.

5) Suarez de Figueroa, aaO, S. 154.

6) Z. B. Gay de Montellá, aaO, S. 81; Vicente y Gella, aaO, S. 96; Langle y Rubio, aaO, S. 355; Espín, Manual de Derecho civil español, Bd. III, S. 600, 601.

der das Eigentum beweisenden Póliza einen Depotvertrag abzuschließen.¹⁾ Auf Grund von Art. 310 C. de c. muß ihnen dieses Recht auch zugestanden werden. Auf diese Weise ist ihre Sicherheit größer, die Wertpapiere an die wahren Inhaber zurückzugeben, die Zinsen und Dividenden nicht an die falschen Personen zu überweisen²⁾ und den strengen Kontrollpflichten, die ihnen durch die Rechtsprechung des Tribunal Supremo auferlegt wurden, richtig nachkommen zu können.

4.) Die Depotklausel

Bei der Depotklausel handelt es sich um eine Vereinbarung, die einem anderen Vertrag hinzugefügt ist, des Inhaltes, daß dann, wenn der Vertragspartner, hier die Bank, in den Besitz der Wertpapiere kommt, sie diese zu deponieren hat.³⁾ Sie wird normalerweise zusammen mit einem Kommissions- oder Darlehensvertrag vereinbart. Auf welche Art die Bank in den Besitz der Wertpapiere kommt, spielt keine Rolle. Die Depotklausel wird wirksam, wenn die Bank sie tatsächlich als Folge des anderen Vertrages erhält.⁴⁾ Der nun zustande kommende Vertrag richtet sich nach den Regeln des Depotgeschäftes, was je nach Vereinbarung ein offenes oder verschlossenes Depot bedeuten kann, im Normalfall aber, wenn keine entgegenstehenden Vereinbarungen getroffen wurden, und wenn es sich um depotfähige Wertpapiere handelt, ein offenes Depot bedeuten wird.⁵⁾

Es handelt sich bei der Depotklausel um den Fall einer Vereinbarung einer zukünftigen Verwahrung. Die Zulässigkeit einer solchen Klausel muß wegen der Rechtsnatur des Depotvertrages als Realvertrag in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Literatur bejaht werden, denn die Bewahrungspflichten entstehen erst dann, wenn die Bank die Wertpapiere tatsächlich in ihrem Besitz hat.⁶⁾

-
- 1) Suarez de Figueroa, aaO, S. 154; García García, aaO, "Títulos valores", S. 1260.
 - 2) Kurz nach dem spanischen Bürgerkrieg bestand sogar eine derartige Prüfungspflicht der Banken auf Grund des Decreto vom 24. Juli 1936 iVm der Orden vom 7. Juni 1938, dem Rundschreiben des Servicio Nacional de Banca vom 10. Juni 1938. Sie wurde durch das Decreto vom 25. August 1939 wieder abgeschafft.
 - 3) Mantero in Beltrán, Diccionario, "Clausula de Depósito", S. 284.
 - 4) In diesem Sinn für den Fall der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch die Bank Tr. S. vom 26. Juni 1917; 24. Okt. 1932; den Kommentar zur letzten Entscheidung von Antonio Polo, Revista de Derecho Privado, 1933, S. 55 ff; 3. Febr. 1958.
 - 5) Mantero, aaO.
 - 6) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, S. 412; Tr. S. vom 26. Nov. 1941.

IV.) Vertragspartner

Auf der Deponentenseite kann es sich um inländische oder ausländische, natürliche oder juristische Personen handeln.¹⁾ Auf der Verwahrerseite sind in erster Linie Banken anzutreffen.²⁾ Sie allein sind in der Lage, die große Anzahl der zirkulierenden Wertpapiere mit ihrem Personal und ihrem technischen Apparat zu handhaben. Selbstverständlich dürfen auch Privatpersonen oder die Fedatarios oder Agentes colegiados, durch deren Mitwirkung die Wertpapiere erworben wurden, auf Wunsch diese verwahren und verwalten. In diesem Fall gelten dann die allgemeinen Vorschriften, da Art. 310 C. de c. nur für die Banken gilt.

V.) Der Vertragsinhalt

1.) Die Verpflichtungen der Bank

Die Verpflichtungen der Bank als Verwahrer werden in Rechtsprechung und Literatur üblicherweise in die Verpflichtung der Obhut und Verwahrung, in das Verbot, sich der Wertpapiere zu bedienen und in die Rückgabeverpflichtung aufgliedert.³⁾ Diese Gliederung soll daher beibehalten werden. Auch die Verwaltung der Wertpapiere gehört in diesen Zusammenhang, da diese ebenfalls von dem Depositär vorzunehmen ist.

1) Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Depósito de valores", S. 505.

2) In Spanien kann das Bankgeschäft ausgeübt werden von: 1.) der Banco de España, 2.) den Bancos oficiales, 3.) von den Personen oder Gesellschaften, die im Registro oficial de Bancos y Banqueros, das von der Banco de España geführt wird, eingetragen sind und 4.) von den ausländischen Banken, die die Voraussetzungen der Ley de Ordenación Bancaria vom 31. Juli 1946 (Art. 40) erfüllen und in dem genannten Registro eingetragen sind.

3) Z. B. Garrigues, aaO, S. 401 ff. Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, Art. 303 ff; Izquierdo Montoro, aaO, S. 793 ff.

a.) Die Bewachung und Verwahrung der Wertpapiere

aa.) Die Methoden der Verwahrung

Die Art und Weise der Aufbewahrung der Wertpapiere ist dadurch geprägt, daß es keine Sammelverwahrung und damit weder ein Eigentumserwerb der Bank noch irgendeine Vermischung des Eigentums der Deponenten gibt. Bei der regulären Verwahrung muß die Bank daher die Papiere so aufbewahren, daß zu jedem Zeitpunkt das Eigentum an jedem einzelnen Wertpapier festgestellt werden kann.¹⁾ Dies ist auch die Regelung des Art. 33 des Reglamento del Banco de España, wo bestimmt wird, daß die deponierten Wertpapiere nach Klassen, Serien und Nummern spezifiziert verwahrt werden. Diese Bezeichnungen müssen sich auch auf allen sonstigen Depotunterlagen befinden. Besondere Vorschriften über die Technik der Aufbewahrung existieren nicht. Mäntel und Bögen werden anders als in Deutschland nicht getrennt aufbewahrt, da es sich bei den spanischen Papieren immer um ein zusammenhängendes Stück handelt.

Die tatsächlichen Unterschiede der Verwahrung bestehen lediglich nach außen hin. Die Banco de Madrid in Barcelona verwahrt die Wertpapiere ihrer Kunden z. B. in Umschlägen, wobei für verschiedene Arten von Wertpapieren verschiedene Umschläge verwandt werden. Auf dem Umschlag steht der Name des Eigentümers, die Art der Wertpapiere und ihre Anzahl.²⁾

Die Banco Mercantil e Industrial in Barcelona und ähnlich auch die Banco Español de Crédito haben eine etwas modernere Art der Aufbewahrung, die vom äußeren Anblick her einer Sammelverwahrung ähnelt. Hier werden alle Papiere einer Art zusammen aufbewahrt, und wenn ein Hinterleger seine Papiere zurückfordert, werden sie ihm entsprechend den Angaben auf seinem Resguardo und den Unterlagen der Bank herausgesucht.²⁾ Eine echte Sammelverwahrung liegt natürlich nicht vor, da durch das Zusammenlegen der Wertpapiere die Eigentumsverhältnisse nicht berührt werden und auch nicht berührt werden sollen.

Eventuell existieren in anderen Banken andere Systeme. Die rechtliche Seite der Verwahrung bleibt jedoch hinsichtlich der Möglichkeit, eine Sammelverwahrung oder ähnliches einzuführen, der Dispositionsbefugnis der Banken entzogen, und insofern sind die internen Methoden der Banken ohne rechtliche Auswirkungen. Für die Banken ergeben sich allerdings arbeitstechnische Vorteile. So ist es bei dem erstgenannten System sehr einfach, die Wertpapiere des Kunden herauszusuchen.

1) Vgl. oben S. 4 ff.

2) Diese Auskünfte wurden von den Wertpapierabteilungen dieser Banken gegeben.

chen und zurückzugeben, bzw. sie bei einem Verkauf auf einen anderen Namen zu überschreiben. Beim zweiten System liegt der Vorteil darin, daß die Verwaltung der Wertpapiere erleichtert wird, wie z. B. beim Abschneiden der Kupons, da alle Papiere einer Art zusammenliegen.

Wie bereits erwähnt wurde, werden daneben noch persönliche und sachliche Depotbücher geführt.¹⁾ Außerdem werden die Facturas und die Durchschläge der ausgestellten Resguardos aufbewahrt. Normalerweise wird dem Deponenten dann in Abständen von jeweils einem Jahr ein Auszug über den Stand seines Depots übersandt. Widerspricht er nicht, so gilt sein Einverständnis in die Richtigkeit des Auszuges als stillschweigend gegeben.²⁾

bb.) Der Verwahrungsort

Die Wertpapiere werden nicht immer dort auch tatsächlich im Depot verwahrt, wo sie der Inhaber der Bank übergeben hat, insbesondere dann nicht, wenn er sie einer kleinen Filiale übergibt, die selber gar nicht die räumlichen und personellen Möglichkeiten hat, diese ordnungsgemäß zu verwahren und zu verwalten. Hierzu bestimmt Art. 1774 C. c., daß dann, wenn ein Ort für die Verwahrung bezeichnet ist, der Verwahrer die zu verwahrende Sache dorthin schaffen muß, sich aber die Kosten dafür ersetzen lassen kann. Wenn kein Ort für die Rückgabe ausgemacht ist, muß sie dort stattfinden, wo sich die verwahrte Sache befindet, selbst wenn dies nicht derselbe ist wie der, wo das Depot zustande kam.³⁾ Die Anwendung dieser Vorschrift bedeutet zumindest, daß die Bank die Papiere zu einer anderen Filiale oder zu ihrer Zentrale transportieren darf, um sie dort ins Depot nehmen zu lassen.⁴⁾ Für den Hinterleger kann dies aber dann bedeuten, daß er sie an einem anderen als dem Übergabeort zurückerhält. In der Praxis dürfte dieser Fall allerdings kaum bedeutungsvoll werden, da die Banken aus Gründen des Kundendienstes stets für den Rücktransport an den Übergabeort sorgen werden.

Will nun z. B. ein Inhaber von Wertpapieren in der Zweigstelle einer Bank,⁵⁾

1) Mantero in Beltrán, Diccionario, "Clausula de Depósito", S. 284.

2) So z. B. bei der Banco Comercial Transatlántico.

3) Tr. S. vom 19. August 1896.

4) Tr. S. vom 21. Mai 1896.

5) So z. B. die Technik der Banco de Madrid laut Auskunft der Wertpapierabteilung dieser Bank. Ebenso die Banco de España, vgl. Art. 34 ihres Reglamento.

die zu klein ist, um Wertpapiere selber zu verwahren, ein Depot errichten, so übergibt er ihr seine Papiere mitsamt der Póliza und bekommt dafür einen Resguardo provisional.¹⁾ Die Filiale füllt nun den endgültigen Resguardo vollständig aus, unterschreibt jedoch nicht. Diese Unterlagen werden zusammen mit den Wertpapieren zur Zentrale oder zu einer Filiale derselben Bank geschickt, die Wertpapiere deponiert. Dort werden sie ins Depot genommen, der endgültige Resguardo wird unterschrieben und zusammen mit der Póliza zurück an die Zweigstelle geschickt. Hier wird der vorläufige Resguardo in den endgültigen umgetauscht und mit der Póliza dem Kunden ausgehändigt. Auf diese Weise wird das Depot immer dort errichtet, wo sich die Wertpapiere tatsächlich befinden.

cc.) Die Drittverwahrung

aa'.) Die Drittverwahrung in Spanien

Grundsätzlich verwahren die spanischen Banken die Wertpapiere ihrer Kunden selbst, d. h. entweder in den jeweiligen Filialen oder in der Zentrale. Daß eine Drittverwahrung möglich ist, ergibt sich aus Art. 1774 C. c., wonach der Deponent anordnen kann, wo der Depositar die zu verwahrende Sache zu verwahren hat.²⁾

Fraglich ist in einem solchen Fall, wer der Verwahrer der Wertpapiere ist: die erste Bank, die die Wertpapiere empfangen hat, oder die zweite, die sie tatsächlich im Depot hat. Wenn der Kunde der Bank die Anweisung gibt, die Wertpapiere bei einer anderen Bank in seinem Namen zu deponieren, muß davon ausgegangen werden, daß die Bank lediglich einen Auftrag des Kunden ausführt und keine depotrechtlichen Verpflichtungen übernimmt. Insbesondere muß, wenn nichts anderes vereinbart ist, davon ausgegangen werden, daß der Rückgabeort der ist, wo die Papiere tatsächlich deponiert sind.

Wenn sich dagegen die erste Bank einer anderen Bank bedient, ohne daß Anweisungen des Inhabers der Wertpapiere vorliegen, muß die erste Bank ihm gegenüber sich wie ein Depositar behandeln lassen. Durch die Übergabe der Wertpapiere und durch die Einigung der Vertragsparteien ist ein Depotvertrag zustande gekommen, der die Bank zur Rückgabe verpflichtet.³⁾

1) Hierzu García García in Beltrán, Diccionario, "Títulos valores", S. 1260.

2) Tr. S. vom 21. Mai 1890; 26. Nov. 1941.

3) Die Haftung ist von den Banken jedenfalls unterschiedslos für jeden Fall in den AGB ausgeschlossen worden; so z. B. Nr. 15 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico: "Hinsichtlich der Ausführungen von Anord-

Laut Garrigues werden die Wertpapiere dabei bei der zweiten Bank in einem offenen Dossier auf den Namen der ersten Bank lautend verwahrt, wobei der Name des einzelnen Deponenten ebenfalls vermerkt ist.¹⁾ Dabei handele es sich um dieselbe Technik wie beim französischen "dépôt à rubriques". Die Frage, ob nun der Eigentümer der Wertpapiere diese unmittelbar bei der zweiten Bank zurückverlangen kann oder sich an die erste Bank wenden kann, ist von großer praktischer Bedeutung, da dann, wenn die zweite Bank nur die erste als Hinterleger anerkennen würde, sie die bei ihr deponierten Wertpapiere für deren Schulden haften lassen könnte. In der Praxis wird es jedoch meistens so gehandhabt, daß der wirkliche Eigentümer seine Papiere direkt von der zweiten Bank herausverlangen kann.²⁾ Dazu wendet Garrigues Art. 1722 C. c. analog an.³⁾ Dort ist der Fall geregelt, daß sich der Geschäftsherr bei einem Auftrag auch direkt gegen den von dem Beauftragten bestimmten Substituten mit seinem Herausgabeanspruch wenden kann.⁴⁾ Dieser Ansicht ist aus Gründen des Deponentenschutzes zuzustimmen.

bb'.) Die Drittverwahrung im Ausland

Oben wurde bereits die Frage der Hinterlegung von ausländischen Wertpapieren erörtert.⁵⁾ An dieser Stelle bleibt nur festzustellen, daß sich die Wirkungen des Verbotes der "cuenta corriente de efectos" vom 23. Febr. 1940 nicht auch auf das Ausland erstrecken. Die spanischen Banken können im Ausland durch ihre Zweigstellen, durch die besonders dafür gegründeten Unternehmen oder durch befreundete Banken entweder durch ein "dépôt à rubriques" oder durch

Fortsetzung der Fußnote 3) zu Seite 54:

nungen oder der Durchführung von irgendwelchen Angelegenheiten, ebenso wie bei dem Depot von Urkunden oder anderen Wertpapieren an Orten, wo die Bank keine Zweigstellen hat, beschränkt sich die Verantwortlichkeit der Bank darauf, mit aller möglichen Sorgfalt und auf die Gefahr des Kunden hin, die Filiale oder Firma auszuwählen, der sie diese Anordnungen überträgt. Die Bank haftet weder für die Zahlungsfähigkeit der Filialen noch für irgendwelche Folgen von den in dieser Art ausgeführten Handlungen."

1) Garrigues, aaO, S. 424.

2) So die Auskünfte der Wertpapierabteilungen der vom Verf. befragten Banken wie z. B. der Banco de Madrid, Banco Español de Crédito usw.

3) Garrigues, aaO.

4) Hierzu Espín, aaO, Bd. III, S. 568, 569; Tr. S. vom 5. Okt. 1891; 16. Dez. 1897; 8. Mai 1920; 25. Juni 1921; 16. Dez. 1943.

5) Vgl. oben S. 43 ff.

die Form des Depots, die im jeweiligen Land zulässig ist, die Wertpapiere verwahren.¹⁾

b.) Das Verbot, sich der deponierten Wertpapiere zu bedienen

Daß sich der Depositar nicht der verwahrten Sachen bedienen darf, ist einer der Grundgedanken des Depotvertrages.²⁾ Beim regularen Depot bleibt die Sache für den Verwahrer eine fremde, die er zu bewahren und nicht zu benutzen hat. Dieser Grundsatz ergibt sich für das Zivilrecht aus Art. 1768 C. c. und für die handelsrechtliche Verwahrung aus Art. 309 C. de c., welcher lautet:

"Immer dann, wenn der Depositar mit dem Einverständnis des Deponenten über die Sachen, die den Gegenstand des Depotvertrages bilden, für sich oder für seine Geschäfte oder für Handlungen, die jener ihn vorzunehmen heißt, verfügt, erlöschen die dem Deponenten und dem Depositar eigenen Rechte und Pflichten, und es sind

-
- 1) Z. B. Nr. 17 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlantico: "Hinsichtlich der Wertpapiere, die im Ausland auf Rechnung ihrer Kunden gekauft oder empfangen worden sind, ist es der Bank gestattet, sie im Namen der Bank, aber auf Rechnung und ausschließliche Gefahr des Kunden hin bei den Zweigstellen zu deponieren, die die Bank in irgendeinem Moment im Ausland hat, wenn nicht vorher etwas anderes vereinbart wurde. Die Bank übernimmt keine Haftung als Folge von solchen Depots. Gleichfalls kann die Bank in jedem Moment, ohne notwendigerweise vorher den Kunden befragen zu müssen, den Depositar von diesen Wertpapieren wechseln und das Depot bei einer anderen Bank in demselben oder in einem anderen Land errichten."
 - 2) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 418; Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 81; Espín, aaO, Bd. III, S. 602. Das Tr. S. hat zwar in der Entscheidung vom 21. Mai 1896 noch bestimmt, daß es dem Wesen des Depotvertrages nicht widerspräche, daß sich der Depositar der deponierten Sache bedienen kann, ist dann aber in den folgenden Entscheidungen völlig von diesem Standpunkt abgewichen, z. B. in den Entscheidungen vom 20. Jan. 1915; 14. Juni 1930; 21. Okt. 1943. Bereits in der Entscheidung vom 27. März 1901 hatte es schon Folgendes festgestellt: "Es existiert weder ein Gesetz noch irgendeine Bestimmung, die den Beauftragten berechtigt, die Wertpapiere für eigene Zwecke zu gebrauchen, die er in Kommission, in Verwahrung oder zur Verwaltung vom Auftraggeber empfangen hat. Eine solche Möglichkeit läßt sich in keiner Weise aus Art. 1724 C. c. folgern ..."

die Normen und Anordnungen des handelsrechtlichen Darlehens, des Kommissionsgeschäftes oder des Vertrages zu beachten, den diese als Ersatz des Depotvertrages abgeschlossen hätten. "

Es erlischt mit anderen Worten der Depotvertrag, wenn sich der Depositar mit Erlaubnis des Deponenten der deponierten Sache bedient.

Es fragt sich aber, ob dies auch dann gelten soll, wenn die Parteien davon ausgehen, daß der Depotvertrag dennoch weiterbestehen soll. In diesem Fall liegt bei ihnen keine Willensübereinstimmung vor, in der die für das Entstehen eines neuen (Darlehens-, Kommissions- usw.) -vertrages notwendige Einigung enthalten wäre. Dem Gesetzeswortlaut nach entsteht hier der neue Vertrag jedoch unabhängig vom Willen der Parteien. Hier liegt eine Regelung vor, die ohne die Notwendigkeit vorheriger Einigung der Parteien zu einer Novation des Vertrages führt.¹⁾

Ohne die Einwilligung des Deponenten darf sich der Depositar nicht der hinterlegten Wertpapiere bedienen, Art. 1767 C. c.²⁾ Diese Bestimmung ist auch strafrechtlich abgesichert: wenn der Verwahrer die verwahrte Sache ohne ausdrückliche oder vermeintliche Erlaubnis des Hinterlegers zu eigenen Zwecken gebraucht, so macht er sich des Verwahrungsbruches schuldig, Art. 523, Fall 5, Código penal (sog. quebramiento de depósito).

Neben diesen Einschränkungen gebietet Art. 308 C. de c. dem Depositar, gewisse Verwaltungstätigkeiten vorzunehmen, die zweifellos eine Benutzung der Wertpapiere voraussetzen. Dennoch widersprechen sich diese Bestimmungen nicht. Verboten ist lediglich die Benutzung zu eigenen Zwecken und nicht die zu Zwecken, die dem Hinterleger zum Vorteil gereichen.³⁾ In diesem Fall ist die Bank gem. Art. 308 C. de c. sogar verpflichtet, die erforderlichen Handlungen vorzunehmen.

1) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO., S. 418; Puig Bruteau, aaO., S. 459; Pérez Gonzalez y Alger, Anotaciones al Derecho de Obligaciones von Enneccerus und Lehmann, Bd. II, S. 371.

2) Tr. S. vom 27. März 1901. "Die Zustimmung des Deponenten dahingehend, daß derjenige, der bewacht, über das Depot verfügt, kann auf Grund der bloßen Bestätigung des Depositars hin weder angenommen noch vermutet werden."

3) Garrigues, aaO., S. 416, 417.

aa.) Die sog. "Cuenta de efectos"

Ungeachtet der eben behandelten gesetzlichen Bestimmungen kam es in Spanien bis zu dem Gesetz vom 23. Febr. 1940 zu Mißbräuchen der im Depotgeschäft bestehenden Freiheit. Das klassische "depósito de títulos-valores" hatte sich in die sog. "cuenta de efectos" oder "cuenta corriente de efectos" verwandelt. Dabei wurden Wertpapiere wie Geld behandelt, was der Bank die Möglichkeit gab, über sie zu verfügen; sie hatte nur versprochen, andere derselben Art und desselben Wertes wieder zurückzugeben.¹⁾ Die Banken führten auch wirklich alle Geschäftshandlungen durch, die bei Konten über Geld ähnlich durchgeführt wurden: die Wertpapiere wurden verpfändet, verkauft, es wurden die Vorteile dieser Verwahrungsart ausgenutzt, um Krediterleichterungen zu erlangen, um zu spekulieren, um die Gelder der Bank in Bewegung zu halten und um den Bankgeschäften Flexibilität zu geben.²⁾

Da diese Art von Operationen von den Banken durchgeführt wurde, ohne daß der Inhaber der Wertpapiere darüber ausreichend informiert wurde, konnten die Banken (und das taten sie auch) die Gewinne aus den Spekulationen als eigene betrachten, ohne daß sie jedoch den Deponenten mitteilten, welche Risiken diese bei den Spekulationen eingegangen waren.³⁾ In vielen Fällen, wie z. B. im Falle des Konkurses der Banco de Barcelona, waren die Deponenten der Meinung, ein richtiges Depot errichtet zu haben und erfuhren davon, daß ihre Wertpapiere auf einer "cuenta de efectos" lagen, erst, als ihnen der Zusammenbruch der Bank die eigentliche Situation vor Augen führte, die auch den Verlust ihrer Wertpapiere mit einschloß.⁴⁾

Die "cuenta de efectos", die aus einer Bankgewohnheit entstanden war und für die keine regelnden Gesetzesvorschriften bestanden, gab Anlaß zu so vielen Skandalen, daß durch das genannte Gesetz vom 23. Febr. 1940 verboten wurde, Verträge abzuschließen, die Wertpapiere wie bewegliche Sachen behandeln, und gleichfalls Wertpapiere in einer kontenmäßigen Abbuchung auf einer Bank zu

-
- 1) Broseta Pont, *Hacia una más fácil negociación y administración de valores mobiliarios al portador*, S. 51 ff; Mantero, aaO, "Cuenta corriente de efectos", S. 284; Querol Bellido, aaO, "Depósito de valores", S. 505.
 - 2) Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 98; ders., *La cuenta de efectos y depósitos bancarios*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1926, S. 427 ff.
 - 3) Mantero, aaO; vgl. auch die *Exposición de los Motivos de la Ley* vom 23. Febr. 1940.
 - 4) Mantero, aaO; Broseta Pont, aaO, S. 56.

führen.¹⁾ Der Hauptgrund für das Scheitern dieser Depotart war in dem gemischten Wesen der Banken zu suchen. Auf der einen Seite wollten sie die ihnen anvertrauten Wertpapiere und Geldbeträge sicher verwahren, und auf der anderen Seite standen sie im Konkurrenzkampf mit anderen Banken und mußten sich auf gewagte Spekulationen einlassen, um diesen Kampf zu bestehen.

bb.) Das Depotstimmrecht

Auch wenn die Bank für ihre Deponenten auf den Hauptversammlungen der Gesellschaften, deren Aktien bei ihr deponiert sind, abstimmen will, bedient sie sich der Wertpapiere. Die Ausübung dieses Stimmrechtes gehört jedoch nicht zu den Handlungen, die vorzunehmen Art. 308 C. de c. gebietet.²⁾ Deshalb bitten die Banken ihre Deponenten auch immer, ihnen das Stimmrecht zu übertragen.

aa'.) Die gesetzliche Regelung des Depotstimmrechtes

Gem. Art. 39 der Ley de Sociedades vom 17. Juli 1951 (LSA) verschafft die Aktie ihrem rechtmäßigen Inhaber die Stellung eines Gesellschafters und gibt ihm unter anderem das Stimmrecht in den Hauptversammlungen, wenn er die Anzahl von Aktien besitzt, die nach den Estatutos dieser Gesellschaft die Voraussetzung für die Ausübung dieses Rechtes sind. Das Stimmrecht ist eine Erklärung, mit der der Aktionär selbst oder durch einen Vertreter dazu beiträgt, den gemeinsamen Kollektivwillen zu bilden.³⁾

Die Übertragung des Stimmrechtes wird in Art. 60 LSA geregelt. In Abs. I wird festgelegt, daß jeder Aktionär, der das Stimmrecht in der Hauptversammlung hat, sich durch eine andere Person bei seiner Ausübung vertreten lassen kann, auch wenn diese kein Aktionär ist, es sei denn, die Estatutos der Gesellschaft bestimmten etwas anderes. In Abs. II wurde dann der Versuch unternommen,

1) Art. 4 des genannten Gesetzes lautet: "Se prohíbe la celebración, bajo cualquier forma, de nuevos contratos bancarios de los denominados "cuentas de efectos". "

2) Garrigues, aaO, S. 416, 417.

3) Bérnago, Sociedades Anónimas (Las acciones), Bd. II, S. 347; Uría, El derecho de voto del accionista, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1943, S. 65, 165; Galán Galindo in Beltrán, Diccionario, "Acción", S. 5; Pedrol Ruiz, El derecho de voto y el interés en la sociedad anónima, Revista de Derecho Privado, Bd. XLVIII, S. 489 ff.

den Einfluß der Banken auf die Aktiengesellschaften auf dem Wege des Depotstimmrechtes auszuschließen oder ihn wenigstens zu mindern.¹⁾ Von der Tatsache ausgehend, daß Banken normalerweise juristische Personen sind, wurde bestimmt:

"Es ist nicht zulässig, diese Vertretung einer juristischen Person zu übertragen, oder eine natürliche Person damit zu beauftragen, die von jener ausdrücklich als ihr Vertreter auf der Hauptversammlung bezeichnet worden ist."

Ein weiteres Hindernis für die Übertragung des Stimmrechtes wurde inzwischen durch das Gesetz vom 27. Juli 1968 zumindest teilweise wieder aufgehoben. Während es früher generell verboten war, Depotkunden durch Angestellte der Depotbank vertreten zu lassen, ist dieses Verbot heute auf die Verwalter der Bank beschränkt (Art. 6).

Der Grund für die Schaffung von Art. 60 LSA war das große Mißtrauen, mit dem der Gesetzgeber dem Depotstimmrecht der Banken begegnete, das diese von ihren Depotkunden eingeräumt bekamen.²⁾ Er wollte die übergroße Macht, die sie dadurch erhielten, so gut wie möglich eindämmen, und aus der Formulierung "... die Vertretung einer juristischen Person zu übertragen" läßt sich sogar entnehmen, daß das Stimmrecht für die Banken völlig ausgeschlossen werden sollte.³⁾

bb'.) Das Funktionieren des Art. 60 LSA in der Praxis

Wenn man wirklich mit dieser Norm versucht hat, die Vertretung der Aktionäre, die ihre Aktien bei den Banken deponiert hatten, zu unterbinden, so wurden von diesem Verbot diejenigen nicht getroffen, die diesen Beruf als individuelle Handelsleute ausübten: die Bankkaufleute.⁴⁾ Bereits hier wird eine Lücke im Gesetz sichtbar. Andererseits führt diese Regelung auch zu dem durch nichts gerechtfertigten Ergebnis, daß auch andere Gesellschaften (juristische Personen), die keine

1) Antonio Polo, Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima, S. 136; Gay de Montellá, Tratado de la Sociedad Anónima, S. 274; Uría, aaO, S. 657.

2) Bergamo, aaO, S. 422.

3) Bergamo, aaO, S. 421. Die Regelung des Art. 38 der LSA, der die Möglichkeit eröffnet, in der Satzung der Aktiengesellschaft eine Mindestzahl von Aktien für die Ausübung des Stimmrechtes zu bestimmen, wandte sich nicht gegen die Banken, sondern gegen den uninteressierten Kleinaktionär. Aber auch für diesen Fall ist Abhilfe vorgesehen. Er kann sich gem. Art. 60 III LSA mit anderen Aktionären zusammen tun und ein sog. "Sindicato de accionistas" bilden, das dann ein Stimmrecht hat.

4) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 69, 70.

Banken sind, Aktionäre nicht auf einer Hauptversammlung vertreten dürfen.¹⁾ Uría sieht hierin eine Beschneidung des grundlegenden Rechtes jedes Aktionärs, den Kurs seiner Aktiengesellschaft selbst zu bestimmen, ein Recht, das ihm zumindest auf Grund des von ihm riskierten Kapitals zustehen muß.²⁾

Die Jahre, in denen dieses Gesetz wirksam war, haben gezeigt, daß einerseits Ungereimtheiten bestehen, die von der großen Verallgemeinerung des Verbotes stammen, und daß andererseits diese Vorschrift gegenüber den Banken von totaler Wirkungslosigkeit ist, was ja die eigentliche ratio legis war.³⁾ Das Gesetz läßt völlig außer Acht, daß es zur Umgehung des Verbotes auf völlig legalem Weg genügt, die Vertretungsmacht einem Vertrauten oder auch einem Angestellten (aber keinem "Verwalter"!) der Bank zu übertragen, wobei die Bank nur eines unterlassen muß: sie darf diese Person nicht als ihren ausdrücklichen Vertreter auf der Hauptversammlung bezeichnen.⁴⁾ Während vor dem Erlaß von Art. 60 LSA wenigstens noch die Direktoren oder auch Angestellte der Banken offiziell als Vertreter auftraten, und es somit klar war, wer hinter dem Vertreter stand, ist dies heute völlig verschleiert. Auch bestand damals die Möglichkeit, sich bei Mißbrauch der Vertretungsmacht unter Umständen an die zahlungskräftige Bank zu wenden, während es heute vorkommen kann, daß der Aktionär nach Ermittlung des Vertreters feststellen muß, daß dieser völlig mittellos ist.

cc'.) Die Ausübung des Depotstimmrechtes

Die Vertretungsmacht muß schriftlich und vor jeder Hauptversammlung von neuem erteilt werden, Art. 60 IV LSA. Eine besondere Schriftform der Stimmrechtsübertragung ist nicht erforderlich; es genügt ein bloßer Brief, in dem ganz eindeutig die konkrete Hauptversammlung, für die sie erteilt wird, bezeichnet ist.⁵⁾

In der Praxis wird so verfahren, daß den Stimmberechtigten Briefe von der Bank zugeschickt werden, in denen die bevorstehende Hauptversammlung angekündigt

1) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 69, 70.

2) Uría, aaO, S. 657; Galán Galindo, aaO.

3) Bergamo, aaO, S. 418; Sánchez Calero, aaO, S. 122; zur Reform dieser Vorschrift Antonio Polo, aaO, S. 129 ff.

4) Bergamo, aaO, S. 423: "Diese Formulierung des Art. 60 LSA stellt, weit davon entfernt, das Spiel der legitimen Stimmrechtsübertragung zu unterbinden, nur ein einfaches Steinchen im Mechanismus der Vertretung dar."

5) Bergamo, aaO, S. 426; Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Acción con derecho a voto", S. 6.

wird mit dem Hinweis, daß die Bank normalerweise ihre Kunden dort zu vertreten pflegt.¹⁾ Beigelegt ist ein Formular, auf dem der Aktionär seine Vollmacht für die kommende Hauptversammlung blanko erklären soll, und ein weiterer Brief an den Präsidenten der betreffenden Aktiengesellschaft, in dem der Aktionär die Vertretung bei der Stimmrechtsausübung mitteilt. In diesem Brief wird der Name des Vertreters ebenfalls noch offengelassen. Die Bank braucht nun diese Unterlagen nur noch mit dem Namen der Person auszufüllen, die Vertreter sein soll.²⁾

dd°.) Die Stellung des Aktionärs beim Depotstimmrecht

Juristisch stellt die Stimmrechtsübertragung eine Vertretung *sui generis* dar.³⁾ Die Besonderheit besteht gegenüber der normalen Vertretung darin, daß hier gewöhnlich nur die Vertretungsmacht erteilt wird, ohne daß irgendwelche Anweisungen bezüglich ihrer Ausübung gegeben werden. Es handelt sich um eine Vertretungsmacht, der kein Auftragsverhältnis zugrunde liegt.⁴⁾ Der Vertreter handelt zwar im Namen des Aktionärs, es fehlt jedoch die sonstige innere Beziehung des Auftrages in dem Sinne, daß der Vertreter, der keine Anweisungen des Vertretenen hat, seine Handlungen deshalb nicht von dessen Interesse, sondern von seinem eigenen leiten läßt. Garrigues behauptet in diesem Zusammenhang sogar zu glauben, die Banken nähmen mit dem Stimmrecht der Aktien ihrer Kunden deren Interesse wahr, heiße die Wirklichkeit zu verkennen.⁵⁾

Allerdings erklären sich die Banken im allgemeinen auch bereit, Anweisungen ihrer Deponenten bezüglich der Art und Weise der Abstimmung bei der Stimmrechtsübertragung Folge zu leisten. In diesem Fall muß davon ausgegangen werden, daß

1) Gay de Montellá, aaO, S. 274.

2) Oft werden auch die Mitglieder des Verw. - Rates bzw. dessen Präsident von den Banken mit der Vertretung beauftragt, d. h. deren Namen werden in die blanko ausgefüllten Vertretungsformulare eingetragen. Wohin dies führen kann, schildert eindringlich Antonio Polo, aaO, S. 134: "Wir erinnern uns noch an den Beginn einer Hauptversammlung, die sehr bewegt zu werden versprach, auf der der Präsident des Aufsichtsrates unter dem Vorwand, das Vertrauen, das die Aktionäre in den Vorstand hatten, hervorzuheben, ankündigte, daß "der Vorstand mit der Vertretung von 300 000 Aktien rechnete", eine Zahl, die in jenem Moment zusammen mit den eigenen Aktien der Mitglieder des Vorstandes und nahestehender Gruppen ihnen die Billigung jedes Anliegens sicherte, das der Hauptversammlung unterbreitet wurde."

3) Garrigues, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, S. 103.

4) Garrigues, *Contratos Bancarios*, S. 420.

5) Garrigues, aaO, S. 420; ders., *La reforma de la Sociedad anónima y el Régimen de la Bolsa*, vgl. auch in *Coloquio de Derecho Bursátil*, S. 365, 366.

ein gewöhnliches Vertretungsverhältnis besteht, dem auch ein Auftrag zugrunde liegt.¹⁾

Ob sich allerdings dadurch, daß die Banken beim Depotstimmrecht hauptsächlich ihr eigenes Interesse im Auge haben, ein Verstoß gegen das Verbot, sich der Wertpapiere zu bedienen, ergibt, erscheint fraglich. Der Aktionär hat der Bank aus freien Stücken das Stimmrecht übertragen, wobei er bewußt offengelassen hat, wie die Bank im Einzelfall entscheiden soll. Will er sicher gehen, daß seine eigenen Belange gewahrt werden, braucht er der Bank lediglich Anweisungen zu geben oder selbst an der Hauptversammlung teilzunehmen. Eine Verpflichtung, das Stimmrecht zu übertragen, besteht jedenfalls nicht.²⁾

Besondere Bestimmungen zum Schutze des Aktionärs existieren nicht. Zwar bestimmt Art. 60 IV LSA, daß vor jeder Hauptversammlung das Stimmrecht besonders übertragen werden muß. Da es aber dafür keine offiziellen oder auch inoffiziellen Kontrollen gibt, kommt es angeblich häufig vor, daß die Banken ihre Kunden mehrere Vertretungsvollmachten zusammen blanko und auch ohne Datum unterschreiben lassen, und dann, wenn erforderlich, die notwendigen Angaben einsetzen.³⁾

- 1) So wohl Garrigues, aaO; a. A. Bergamo, aaO, S. 419: seiner Meinung nach handelt es sich immer um ein reines Vertretungsverhältnis, bei dem das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein Auftragsverhältnis sein kann, aber nicht zu sein braucht. Er führt die Entscheidung des Tr. S. vom 17. Okt. 1932 an, die den Unterschied zwischen Auftrag und Vertretung in der Weise gesehen hat, daß jener das Innen- und dieser das Außenverhältnis regelt. Außerdem beruhe der Auftrag gem. Tr. S. vom 1. Febr. 1941 auf einer Willensübereinstimmung, während die Vertretung eine einseitige Willenserklärung sei. Die Ansicht von Garrigues erscheint jedoch eher im Einklang mit dem Wesen der Vertretung.
- 2) Eine derartige Verpflichtung wäre ein Widerspruch zu Art. 60 IV LSA, der bestimmt, daß die Vertretung schriftlich vor jeder Hauptversammlung erteilt werden muß, wobei diese Übertragung "con carácter especial para cada junta" geschehen muß. Dennoch bestimmt z. B. Nr. 27 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlantico: "Wenn die Bank Aktien eines Kunden im Zusammenhang mit irgendeiner Handlung empfängt, so betrachtet sich die Bank, wenn nicht das Gegenteil vereinbart ist, als ermächtigt, diese Aktien in jeder beliebigen Hauptversammlung zu vertreten . . ." Offensichtlich besteht diese Klausel deshalb, um rechtsunkundigen Aktionären gegenüber behaupten zu können, sie hätten sich bereits zu einer Übertragung des Stimmrechts verpflichtet. Hierzu auch Querol Bellido, aaO, S. 6.
- 3) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 417.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Wirkungen von Art. 60 LSA nicht schädlicher sind als die, die man mit ihm aufzuheben versuchte, nur weil ihm die Ehrlichkeit fehlte, die Dinge beim Namen zu nennen. Auf jeden Fall ist durch ihn der Einfluß der Banken auf die Aktiengesellschaften keineswegs schwächer geworden, er hat sich vielmehr im Gegenteil noch verfestigen können.¹⁾ Garrigues drückt die gegenwärtige Lage so aus: "Was passiert, ist, daß das Stimmrecht der betroffenen Aktionäre von denen ausgeübt wird, die wirklich ein Interesse haben (die Depotbanken), wodurch sich das Paradoxon ergibt, daß, obwohl der Gesetzgeber wollte, daß die Herren der Aktiengesellschaften die Herren des Kapitals sind, die, die nicht die Herren des Kapitals sind, die Herren der Geschicke der Gesellschaften sind." ²⁾ Der Grund dafür liege darin, daß der Gesetzgeber 200 Jahre lang immer ein Moment bei der Regelung dieser Materie übersehen habe: das mangelnde Interesse der Aktionäre.³⁾

c.) Die Rückgabeverpflichtung

aa.) Der Zeitpunkt der Rückgabe

Gem. Art. 1775 C. c. und Art. 306 C. de c. hat die Bank als Depositar die Verpflichtung, die bei ihr hinterlegten Wertpapiere zurückzugeben, wenn und sobald der Deponent dies verlangt. Dabei wird es als Charakteristikum des Depotvertrages angesehen, daß die Rückgabe sofort stattzufinden hat, selbst dann, wenn Rückgabefristen vereinbart worden sind.⁴⁾ Zwar ist es zulässig, solche Fristen zu ver-

1) Antonio Polo, aaO, S. 131, 132.

2) Garrigues, La reforma de la Sociedad anónima y el Régimen de la Bolsa, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 366.

3) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 418; ders., La reforma de la Sociedad anónima y el Régimen de la Bolsa, S. 366; vgl. auch die Besprechung dieser Untersuchung von Eduardo Polo, Revista de Derecho Mercantil, 1968, S. 609 ff.

4) Puig Bruteau, aaO, Bd. II, Vol. II, S. 460; Tr. S. vom 24. Dez. 1890; 18. Jan. 1897; 28. Nov. 1896; 19. Okt. 1925: "und diese Bedingung (Rückgabe der deponierten Wertpapiere erst in drei Monaten) ist dem Wesen dieses (Depot-) Vertrages entgegengesetzt, der als hauptsächliches Charakteristikum die Verpflichtung hat, die Sachen in dem Moment zurückzugeben, in dem sie herausverlangt werden." Langle y Rubio, aaO, Bd. III, S. 357 bemerkt allerdings hierzu, daß der Hinterleger selbstverständlich auf seinen sofortigen Rückgabeanpruch verzichten kann. Wenn aber dieser Verzicht möglich ist, müsse es auch - da kein gesetzliches Verbot bestehe - vorher möglich sein, Rückgabefristen zu vereinbaren.

einbaren, sie binden aber den Deponenten nicht.¹⁾

Einige Banken haben die Rückgabe so geregelt, daß sie an dem Tag stattfinden muß, der dem Tag folgt, an dem der Hinterleger um die Rückgabe seiner Wertpapiere ersucht hat.²⁾ Diese Verzögerung der Rückgabe um einen Tag muß als technische Notwendigkeit angesehen werden, in der kein Widerspruch zu dem Wesen des Depotvertrages zu erblicken ist.³⁾ Die von der Bank vorzunehmenden Arbeitsvorgänge des Heraussuchens und Kontrollierens usw. erfordern Zeit. Auch noch längere tatsächliche Rückgabefristen werden zu rechtfertigen sein, wenn dies praktisch nicht anders zu handhaben ist (z. B. wegen der Übersendung der Wertpapiere an eine Filiale der Bank, wo dann die Rückgabe stattfinden soll).

bb.) Der Gegenstand der Rückgabe

Bei der Rückgabeverpflichtung der Bank ist - wie bei dem Depotvertrag überhaupt - die körperliche Identität der Wertpapiere von besonderer Bedeutung. Die Bank muß immer die körperlich gleichen Wertpapiere, die sie in ihr Depot genommen hat, auch wieder zurückgeben.

Wenn diese Wertpapiere aus irgendeinem Grunde nicht mehr vorhanden sein sollten, ist das zurückzugeben, was an ihre Stelle getreten ist.⁴⁾ Wenn bei Obligationen z. B. eine Tilgung stattgefunden hat, ist der erhaltene Geldbetrag dem Hinterleger zurückzuerstatten, oder, wenn ein Umtausch oder eine Umwandlung von Wertpapieren von der Emissionsgesellschaft vorgenommen worden ist, so sind die Wertpapiere zurückzugeben, die an die Stelle der alten getreten sind. Dies gilt gem. Art. 1777 C. c. auch für den Fall, daß die Papiere verloren gegangen sind, und die Bank hierfür Ersatz bekommen hat.

Die Rückgabeverpflichtung erstreckt sich nicht nur auf die hinterlegten Wertpa-

1) Vicente y Gella, aaO, Bd. II, S. 96; Gay de Montellá, Código comentado, Bd. III, Vol. I, S. 84.

2) So die AGB der Banca March, Banco Español de Crédito, Caja de Ahorros Provincial de la Diputación de Barcelona u. s.

3) Pérez Gonzalez y Alguer, aaO, Bd. II, S. 377 führt aus, daß der Verwahrer die verwahrte Sache nach Ablauf einer vernünftigen Frist, die nach Treu und Glauben zu bestimmen ist, zurückzugeben hat. So auch Tr. S. vom 30. Dez. 1929, wo davon ausgegangen wird, daß die Rückgabe an dem der Rückforderung folgenden Tag der Regelfall ist.

4) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 421; vgl. auch Art. 8 der Estatutos und Art. 38 des Reglamento del Banco de España.

piere selber, sondern selbstverständlich auch auf die Zinsen, Dividenden oder sonstigen Geldbeträge, die sie in der Zeit des Bestehens des Depotvertrages abgeworfen haben.¹⁾

cc.) Die Sorgfalts- und Kontrollpflichten der Bank bei der Rückgabe

Die Estatutos del Banco de España bestimmen in Art. 9 und das Reglamento in Art. 38, daß die Rückgabe der hinterlegten Wertpapiere nach Vorweisung des Resguardo geschieht, der von der Bank ausgestellt wurde. Auf diesem Resguardo muß sich eine Empfangsbestätigung ("Recibí") derjenigen Person befinden, die das Recht hat, das Depot aufzulösen. Diesen Resguardo behält dann die Bank, um jederzeit beweisen zu können, daß sie die Wertpapiere zurückgegeben hat.

Die Rückgabe hat dabei an die Person zu erfolgen, auf deren Namen der Resguardo ausgestellt ist, also an den ursprünglichen Hinterleger selbst oder an eine andere im Resguardo bestimmte Person.²⁾ Bei einem übertragbaren Resguardo erfolgt die Rückgabe bei rechtmäßiger Indossierung an den Indossatar. Wenn die Berechtigten geschäftsunfähig geworden sind oder die Verwaltungsmacht über ihr Vermögen verloren haben, hat die Bank die Wertpapiere an den Verwalter, und, wenn sie gestorben sind, an die Rechtsnachfolger herauszugeben. Ein Bevollmächtigter muß neben dem Original-Resguardo eine ausreichende Vollmacht vorweisen.³⁾ Immer behält sich die Bank dabei jedoch das Recht vor, die Berechtigung des Rückfordernden in einer ihr richtig erscheinenden Art und Weise zu überprüfen und gegebenenfalls Garantien zu verlangen (Art. 9 Estatutos del Banco de España).

Auf Grund dieser so durch die Banken geregelten Rückgabepflicht hat das Tribunal Supremo in zahlreichen Entscheidungen besonders strenge Anforderungen an die

- 1) Langle y Rubio, aaO, Bd. III, S. 358; Tr. S. vom 20. März 1890: "Die streitige Rechtsfrage muß hier darin gesehen werden zu bestimmen, ob die Banco de España bei der Rückgabe eines Depots, das an ihren Schaltern errichtet wurde, alle in dem Reglamento bezeichneten Formalitäten, die *lex specialis* dieses Falles sind, erfüllt hat, und ob als Folge davon sie von ihrer Verantwortlichkeit, die der Kläger von ihr fordert, befreit ist oder nicht. Hier wurde aber nicht die Ley 5.ª m. tít. 3.º, Partida 5.ª und die Lehre verletzt, die zusammen das Recht des Deponenten und seiner Erben begründen, die hinterlegte Sache zurückzuverlangen ... mit ihren Früchten, Zinsen und Zuwendungen ..."
- 2) Puig Bruteau, aaO, S. 462 zu der Frage, ob hier ein Konsensualverwahrungsvertrag zu Gunsten Dritter zustande gekommen ist.
- 3) Vgl. Art. 39 Reglamento del Banco de España.

Sorgfalts- und Kontrollpflichten der Bank bei der Rückgabe gestellt.¹⁾ Dabei ging das Tribunal Supremo davon aus, daß vielfach die Rückgabe nicht an dieselbe Person erfolgt, mit der der ursprüngliche Depotvertrag abgeschlossen wurde, und daß außerdem der wahre Eigentümer schutzbedürftig ist.²⁾ Es vertritt die Ansicht, daß die Bank, wenn sie sich schon vorbehält, die Berechtigung des die Wertpapiere Rückfordernden in der Weise zu überprüfen, die sie für richtig hält, sich auch gefallen lassen muß, an diesem Maßstab gemessen zu werden, d. h. daß sie verpflichtet ist, diese Überprüfung in geeigneter Weise vorzunehmen.³⁾ Der Deponent muß der Bank hinsichtlich der richtigen Rückgabe vertrauen dürfen.⁴⁾

Um eine Haftung für eine möglicherweise fehlerhafte Rückgabe an einen Nichtberechtigten zu vermeiden, muß die Bank folgende drei Punkte berücksichtigen:

1. Überprüfung der Legitimität des Resguardo und der Ordnungsmäßigkeit der Indossamente, falls solche vorliegen, als Garantie für die richtige Vertragserfüllung und für das tatsächliche Erlöschen der Rechte und Pflichten, die derselbe beinhaltet.⁵⁾
2. Die Empfangsbestätigung ("Recibí") muß von der Person unterschrieben sein, die das Recht hat, das Depot zurückzufordern, als Versicherung des Depositars gegen Betrugereien oder Fälschungen seitens des Deponenten oder seitens anderer Personen.
3. Identifizierung der Person, die das Depot zurückfordert, als Garantie dem Eigentümer der deponierten Wertpapiere gegenüber im Falle von Raub, Diebstahl oder Abhandenkommen des Resguardo mit dem "Recibí".⁶⁾

Nur wenn alle drei Voraussetzungen vorliegen, kann die Rückgabe des Depots als rechtmäßig angesehen werden. Fehlt auch nur eine Voraussetzung, und hat

1) Z. B. Tr. S. vom 27. Febr. 1897; 13. Nov. 1901; 15. Juli 1915; 16. Jan. 1929; 30. Febr. 1930 u. a.

2) Tr. S. vom 20. Dez. 1924.

3) Tr. S. vom 16. Jan. 1929; 30. Febr. 1930.

4) Tr. S. vom 16. Jan. 1929.

5) Diese Prüfungspflicht wurde bereits in der Entscheidung des Tr. S. vom 2. Juli 1915 gefordert: "... aber sicher ist, daß Art. 40 und 45 des genannten Reglamento (del Banco de España) erfordern, daß vor der Aushändigung des Depots an den Inhaber des Resguardo sich der Verwahrer deren Legitimität vergewissern muß und konsequenterweise auch davon, daß die Indossamente legitim sind und der Ordnungsmäßigkeit entsprechen."

6) Diese drei Voraussetzungen wurden endgültig in den Entscheidungen des Tr. S. vom 16. Jan. 1929 und vom 19. Febr. 1930 niedergelegt.

die Bank nicht an den rechtmäßigen Inhaber des Resguardo herausgegeben, so haftet sie für den möglicherweise eingetretenen Schaden.¹⁾ Andererseits bekommt sie aber das Recht, die Rückgabe zu verweigern, bis sie ihrer Ansicht nach überzeugt ist, an den rechtmäßigen Inhaber zu leisten.²⁾

Mit der Aufstellung dieser Voraussetzungen für die Rückgabe hatte das Tribunal Supremo seine bisherige Rechtsprechung in dieser Frage geändert. Während es noch in der Entscheidung vom 24. Juni 1914 es als ausreichend erachtete, daß sich die Bank der Mittel bedienen kann, die sie für richtig hält, um die Berechtigung des die Rückgabe Fordernenden zu überprüfen,³⁾ sind seit der Entscheidung vom 16. Jan. 1929 die oben genannten Voraussetzungen Bestandteil der ständigen Rechtsprechung.⁴⁾ Aber die Banken haben auf diese erhöhten Anforderungen reagiert, indem sie eine Sicherung gegen eine falsche Rückgabe eingebaut haben. Sie lassen die Übertragung des Resguardo de Depósito und damit die Übertragung der sich im Depot befindlichen Wertpapiere nur dann gegen sich gelten, wenn sie davon be-

1) Tr. S. vom 19. Febr. 1930: "... und es liegt auf der Hand, daß dann, wenn die dritte Voraussetzung fehlt, selbst dann, wenn die beiden anderen vorhanden sind, das Depot wegen Verstoßes gegen Art. 12 der Estatutos und gegen Art. 45 des Reglamento del Banco de España nicht seinem Herren zurückgegeben wird, wenn es sich herausstellt, daß der, der den Resguardo vorweist, nicht sein Inhaber ist. Dieses Dokument würde sich dann vielmehr auf Grund der Tatsache, daß es durch die Person unterschrieben wurde, zu deren Gunsten es ausgestellt wurde, in ein Inhaberpapier verwandeln, was im Widerstreit mit den Normen des Depotvertrages steht, mit den Normen der Bank, da die Art. 40 und 42 (Reglamento) nur die Übertragung mittels Indossament zulassen, und mit der Lehre der Entscheidungen dieses Tribunal Supremo vom 26. Mai 1908 und vom 2. Juli 1915.

2) Tr. S. vom 30. März 1935.

3) Tr. S. vom 24. Juni 1914: "... und eine Verletzung des Art. 12 der Estatutos und des Art. 45 des Reglamento, nach denen sich die Banco de España richtet, würde gegeben sein, wenn diese ganz klar anordnen würden, daß es zur Durchführung der Rückgabe des Depots genügt, daß die Identität des Deponenten und die der Unterschrift mit der Unterschriftenprobe als erwiesen angesehen werden, wenn man vertritt, daß man den Beweis der Identität durch Mittel erhalten kann, die die Bank für richtig hält: Mittel, die ... sich der Sorgfalt angleichen müssen, die von dem letzten Abschnitt des Art. 1104 C. c. gefordert wird, welche anzuwenden sich gehört hätte."

4) Z. B. Tr. S. vom 19. Febr. 1930; 30. März 1935. Auch die Literatur folgt hier der Rechtsprechung: Garrigues, aaO, S. 421 ff; Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 94.

nachrichtigt wurden, und wenn diese Übertragung in die dafür vorgesehenen Bücher eingetragen wurde. Diese Kenntnisnahme der Bank und die Eintragung sind selbstverständlich keine Wirksamkeitserfordernisse für die Übertragung; sie beweisen der Bank lediglich die Rechtmäßigkeit der Inhaberschaft des Zurückfordernden. Bis zur Eintragung dieses Vorganges in die Bankbücher wird somit die Bank die Rückgabe verweigern.¹⁾ Da wegen des großen Handels mit Wertpapieren diese Übertragungstatbestände in der Praxis weit häufiger anzutreffen sind als andere, haben die Banken damit bereits auf einem großen Gebiet die Gefahr einer fehlerhaften Rückgabe weitgehend ausgeschlossen.

dd.) Die Haftung der Bank

Da im C. de c. keine besondere Regelung für die Haftung der Bank bei der Rückgabe der Wertpapiere geschaffen wurde,²⁾ gilt gemäß Art. 310 die Regelung des Art. 1104 C. c., wonach Vorsatz und Fahrlässigkeit des Schuldners in der Unterlassung der Sorgfalt besteht, die das Wesen der Verpflichtung erfordert, und die den Umständen, den Personen, der Zeit und des Ortes entspricht. Falls hieraus eine Bestimmung des Haftungsmaßstabes nicht möglich ist, so haftet der Schuldner, wenn er nicht die Sorgfalt eines "buen padre de familia" aufbringt.³⁾ Obwohl eigentlich auf Grund des standardisierten Depotgeschäftes mit einer Bank eine Bestimmung ihrer Sorgfaltspflicht zumindest auf Grund der Umstände und der Personen möglich wäre, ist die Rechtsprechung immer davon ausgegangen, daß die von der Bank anzuwendende Sorgfalt die eines "buen padre de familia" sei.⁴⁾

1) Vgl. Art. 40 Reglamento del Banco de España, der den Deponenten allerdings nur die Möglichkeit einer Kenntnisnahme der Bank einräumt, ihnen diese aber nicht zur Pflicht bzw. Obliegenheit macht.

2) Die Art. 306 und 307 C. de c. regeln nicht den Fall der Rückgabe der deponierten Wertpapiere, sondern den Fall, daß die verwahrten Sachen während der Verwahrungszeit Schäden erleiden.

3) Santos Briz, Código Civil, Bd. I, Art. 1104: "Dieses Maß der Sorgfalt erhält man durch ein objektives Kriterium, und so bestätigt es Abs. II, wenn er sich auf die Sorgfalt eines "buen padre de familia" als Durchschnittsmaßstab einer sorgfältigen Person bezieht. Es ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Durchführung einer Handlung wie der hier zu beurteilenden entscheidend"; Espín, aaO, S. III, S. 454 ff.

4) Z. B. Tr. S. vom 27. April 1906; 24. Dez. 1906; 24. Juni 1914; 2. Juli 1915; 18. März 1919; 16. Jan. 1929; 30. März 1935.

Die Haftung des Verwahrers bei der zivilrechtlichen Verwahrung erstreckt sich also auch auf die Fahrlässigkeit, wobei aber umstritten ist, ob auch die leichteste Fahrlässigkeit hierzu zu rechnen ist.¹⁾ Im besonderen Falle des Bankdepots treten jedoch noch Umstände hinzu, die haftungsverschärfend wirken: die Bank hat öffentlich angeboten, Depots zu errichten, das Depot kommt auch zum Nutzen der Bank zustande (Depotstimmrecht, Geldeinzahlungen durch den Eingang von Zinsen und Dividenden usw), und es ist entgeltlich. Hieraus wird abgeleitet, daß die Bank als Verwahrer für jede Art von Fahrlässigkeit bei der Rückgabe haften muß.²⁾

Hierbei wurde aber nicht berücksichtigt, daß gem. Art. 8 der Estatutos del Banco de España die Haftung für die Fälle ausgeschlossen wird, in denen die Rückgabe der Bank wegen höherer Gewalt oder Zufall unmöglich wurde. Dieser Haftungsausschluß bedeutet, daß hiermit auch die Fälle des "gewöhnlichen Zufalles", d. h. die, die sich "im Berufskreis, der der Tätigkeit des Bankiers eigen ist",³⁾ ereignen, mit erfaßt werden sollen und nicht lediglich wie in Art. 307 C. de c. "unüberwindliche Zufälle" ("caso fortuito insuperable").⁴⁾

- 1) So Puig Bruteau, aaO, Bd. II, Vol. II, S. 457; a. A. Puig Peña, aaO, Bd. IV, Vol. II, S. 434, der die Haftung des Verwahrers nur ausnahmsweise auf die Fälle der leichtesten Fahrlässigkeit erstrecken will; ebenso Pérez Gonzalez y Alguer, Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus und Lehmann, Bd. II, S. 375.
- 2) Für diesen Fall stimmen jedoch Puig Peña, aaO, und Pérez Gonzalez y Alguer, aaO, mit Puig Bruteau, aaO, überein.
- 3) Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 81: "deligencia tecnica propia del comercio y de la industria que se ejerce".
- 4) Chironi, La culpa en el Derecho Civil moderno: culpa contractual, S. 759 (zitiert bei Espín, aaO): "Zufall (caso fortuito) ist jenes Ereignis, das dem Schuldner nicht zurechenbar, und das entsprechend dem erforderlichen Maß an Sorgfalt nicht vorhersehbar ist, oder das, wenn es vorhersehbar ist, unvermeidlich ist, und von solchem Wesen, daß es die Erfüllung der Verpflichtung unmöglich macht"; oder Giorgi, Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, II, Span. Übersetzung, S. 928 (zitiert bei Espín, aaO): "Zufall ist ein von der Handlung des Schuldners unabhängiges Ereignis; es ist nicht vorhersehbar oder wenigstens nicht vermeidbar, und als notwendige Folge davon befand sich der Schuldner vor der Unmöglichkeit, völlig oder genau die Verpflichtung zu erfüllen"; zu dem Begriff "fuerza mayor" gehört laut Espín, aaO, Bd. III, S. 188 das Kriterium der "irresistibilidad" (Unwiderstehlichkeit). Die Unterscheidungsmerkmale zwischen "Caso fortuito" und "Fuerza mayor" sind jedoch im Zivilrecht sehr gering. Zumindest der Código civil gebraucht beide Ausdrücke, ohne einen tatsächlichen Unterschied erkennen zu lassen. Vgl. auch Soto Nieto, El caso fortuito y la fuerza mayor.

In diesem Rahmen (einerseits Haftung für jede - auch die leichteste - Fahrlässigkeit, andererseits Haftungsausschluß) bewegt sich die umfangreiche Rechtsprechung des Tribunal Supremo. Wie sich allerdings aus den oben dargelegten Sorgfalts- und Kontrollpflichten der Banken, die diese auf Grund dieser Rechtsprechung peinlichst genau beachten müssen, ergibt, hat das Tribunal Supremo sich hauptsächlich an dem allgemeinen Haftungsmaßstab orientiert und den Haftungsausschluß der Banken kaum zur Kenntnis genommen. Auch in der Literatur wird üblicherweise nur von den allgemeinen Regeln ausgegangen, ohne die Besonderheiten der Bankhaftung wegen Art. 310 C. de c. zu berücksichtigen.¹⁾ Bei der Betrachtung der Rechtsprechung des Tribunal Supremo hinsichtlich der Rückgabe der deponierten Wertpapiere zeigt sich, daß diesem Gericht entweder eine Art Garantiehafung der Bank von Anfang an vorschwebte, oder daß eine solche sich im Laufe der Entscheidungen mehr und mehr herausgebildet hat. Es werden kaum einmal Ausnahmen bei der Haftung wegen fehlerhafter Rückgabe gemacht, und auch die Unmöglichkeit der Rückgabe hat die Bank nur selten davon befreit, Schadensersatz leisten zu müssen.²⁾

Bei der Rückgabe der deponierten Wertpapiere an einen Nichtberechtigten stellt das Tribunal Supremo fest, daß dies im Rahmen menschlicher Vorhersehbarkeit liegt und somit für einen "buen padre de familia" ersichtlich ist.³⁾ Folglich ist die Bank verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß etwas derartiges nicht geschieht.⁴⁾ Sie hat die notwendigen Kontrollmöglichkeiten dazu in ihren Estatutos geschaffen und muß diese auch anwenden. Bisher ist die Frage nicht entschieden, ob die Bank auch dann haftet, wenn sie trotz Anwendung der größtmöglichen Sorgfalt und trotz Einhaltung der von dem Tribunal Supremo aufgestellten Kontrollpflichten an einen Nichtberechtigten zurückgegeben hat. In diesem Fall dürfte wegen fehlenden Verschuldens der Bank wohl die Haftung ausgeschlossen sein.

Im einzelnen wird bei der Unmöglichkeit der Rückgabe vom Tribunal Supremo darauf abgestellt, inwieweit der Verlust der hinterlegten Wertpapiere durch Handlungen der Bank oder durch Ereignisse eingetreten ist, die unabhängig von der Bank geschahen. Die Haftung der Bank ist nicht ausgeschlossen, wenn sie den

1) Z. B. Puig Bruteau, aaO, S. 457; Puig Peña, aaO, S. 434; lediglich Garri-gues, aaO. S. 425 ff unterscheidet hierbei, allerdings hauptsächlich für die Verwaltung und nicht für die Rückgabe.

2) Z. B. Tr. S. vom 8. Juli 1903.

3) Tr. S. vom 16. Jan. 1929: "... die Aushändigung eines Depots an eine Person, die unterschiedlich ist von dem Hinterleger, liegt innerhalb der Grenzen natürlicher menschlicher Vorhersehbarkeit."

4) Vgl. oben S. 66 ff.

überwiegenden Teil der Handlung, die zu dem Verlust geführt hat, sich selber zuzuschreiben hat.¹⁾ Anders ist es dann, wenn es sich um Umstände handelt, die ohne ihre Mitwirkung zum Verlust führten, wobei sie aber auf Grund des Depotvertrages die *Bewachungspflicht* hat, vorhersehbare und im Rahmen des Möglichen vermeidbare Schäden abzuwenden.²⁾ Wie eng hierbei die Grenzen gezogen werden, zeigen die Entscheidungen des Tribunal Supremo vom 8. Juli 1903³⁾ und vom 14. Juni 1933.⁴⁾ Während es einer Bank nicht zugemutet werden kann, die Wertpapierdepots gegen eine plötzlich angreifende Menschenmenge zu verteidigen, so haftet die Bank selbst dann, wenn ein Krieg mit einer anderen Nation vorhersehbar war, und die Bank die in diesem Land von ihr deponierten Wertpapiere nicht rechtzeitig vor der Beschlagnahme durch dieses auf Grund des Krieges in Sicherheit gebracht hat.

Die Beweislast für ein mangelndes Verschulden obliegt gemäß den Entscheidungen der Rechtsprechung der Bank.⁵⁾ Wegen der notwendigerweise großen Mitwirkung

-
- 1) Tr. S. vom 27. Febr. 1897; 8. Juni 1903; 16. Jan. 1929; 14. Juni 1933 u. a.; vgl. aber Art. 1183 C. c., wo bestimmt ist, daß der Verwahrer auch dann haftet, wenn er sich mit der Rückgabe der verwahrten Sache in Verzug befand und sie ohne sein Verschulden verloren geht oder zerstört wird.
 - 2) Tr. S. vom 27. April 1906; 24. Juni 1914; 2. Juli 1915; 16. Jan. 1929; 30. März 1935.
 - 3) In dem Fall, der der Entscheidung vom 8. Juli 1903 zugrunde lag, handelte es sich um einen Aufstand in Almería, bei dem die Bankbeamten vor dem Mob flohen, der die Bank bedrohte. Hier wurde die Bank von der Haftung befreit, weil ihr trotz Vorhersehbarkeit des Verlustes eine Bewachung der Wertpapiere nicht zugemutet werden konnte. Das Gericht entschied, daß dem Verwahrer eine Bewachung des Depots mit Waffengewalt gegen eine aufgebrachte Masse nicht zuzumuten sei, und daß keine Fahrlässigkeit darin zu sehen sei, das Bankgebäude verlassen zu haben, ohne vorher die Autoritäten benachrichtigt zu haben.
 - 4) In diesem Fall hatte eine spanische Bank auf eigene Initiative hin in einer Bank in Paris Wertpapiere eines Kunden hinterlegt, wobei sie in eigenem Namen aufgetreten war. Während des folgenden Krieges hatte der französische Staat diese Wertpapiere beschlagnahmt. Das Gericht erblickte die Fahrlässigkeit darin, daß die Bank diese nicht zumindest bei der Kriegserklärung zwischen Deutschland und Frankreich zurückholte, weil es einer allgemeinen Voraussehbarkeit entspräche, daß kriegsführende Nationen Handlungen vornehmen, die einander schaden. Die spanische Bank mußte den Schaden ersetzen.
 - 5) In diesem Sinne die Entscheidungen vom 30. Jan. 1913; 24. Juni 1914; 2. Juli 1915; 16. Jan. 1929.

erscheint dem Tribunal Supremo in dem Fall, daß die Wertpapiere durch einen Betrug verloren gegangen sind, die Haftung immer gegeben. Auch in den Fällen, in denen sie durch Diebstahl oder Raub abhanden gekommen sind, müssen außergewöhnliche Umstände vorliegen, um eine Haftung der Bank auszuschließen.¹⁾ Eine weitere Anspruchsgrundlage kann sich für den Inhaber von verloren gegangenen Wertpapieren aus Art. 523, Fall 5 C. penal ergeben. Neben der Bestrafung, die sich auf die Täter, Anstifter oder Gehilfen erstreckt, wird hier eine zivilrechtliche Haftung geschaffen, die eine Folge der Straftat (*quebramiento de depósito* - Verwahrungsbruch) ist, und die die strafrechtlich Verantwortlichen der Tat trifft. Daneben schafft Art. 21 C. pen. eine subsidiäre Haftung der Personen oder Unternehmen für die Delikte, die in ihren Geschäftsräumen begangen wurden. Dabei muß durch sie oder ihre Angestellten eine Verletzung der allgemeinen oder besonderen Bestimmungen des Vertrages stattgefunden haben.²⁾

Gegebenenfalls muß der Hinterleger beweisen, daß die verloren gegangenen Wertpapiere nicht völlig ihren Wert verloren haben, daß ihm also ein Schaden entstanden ist.³⁾ Ausschlaggebender Zeitpunkt für die Berechnung des Schadens ist dabei der Zeitpunkt der Nichterfüllung des Vertrages durch die Bank.⁴⁾

Auch dann, wenn der Hinterleger seine Wertpapiere in der Weise ersetzt bekommen kann, daß ihm Duplikate angefertigt werden, hat er einen Schaden erlitten. Die anfallenden Kosten für den Ersatz der Papiere hat die Bank zu tragen.⁵⁾

1) Tr. S. vom 27. Febr. 1897: "... daraus muß gefolgert werden, daß nicht nur in den Fällen des Raubes und des Diebstahles ... diese exkulpierenden Umstände zusammentreffen müssen, daß aber mit viel größerer Berechtigung ihr Zusammentreffen gefordert werden muß, wenn die verloren gegangenen Wertpapiere dem Depositär durch ein Delikt des Betruges entzogen wurden. Bei jenen Delikten ist der direkte Eingriff in den Verlust nicht offenkundig, während bei dem Betrug die Handlung sichtbar ist, die den Verlust selber veranlaßt hat; eine Handlung, die ihm zuzuschreiben ist, es sei denn, er könne sie rechtfertigen." In diesem Sinne auch Tr. S. vom 8. Juni 1957.

2) Gay de Montellá, aaO, S. 87.

3) Tr. S. vom 13. Jan. 1893.

4) Tr. S. vom 17. Febr. 1921.

5) Für die Herstellung von Duplikaten bei abhanden gekommenen Wertpapieren gelten folgende Vorschriften zusammen mit Art. 547 - 566 C. de c.: Gesetz vom 22. April 1939 über die Rechte der ihrer Wertpapiere verlustig gegangenen Eigentümer; Gesetz vom 1. Juni 1939 über Duplikate; Gesetz vom 24. Febr. 1941, das das vorhergehende anwendet und die "*Oficina de Títulos reclamados*" schafft; die drei Gesetze, die durch das Decret vom 14. Dez. 1951 für wirksam erklärt worden sind; das Gesetz vom 16. Juni 1942, das

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß auf Grund der ständigen Rechtsprechung des Tribunal Supremo die Haftung der Bank als Depositär nur dann ausgeschlossen ist, wenn höhere Gewalt oder unüberwindlicher Zufall die Rückgabe unmöglich machen. Diese Begriffe sind eng zu interpretieren. Sie sind nur dann gegeben, wenn die Bank die schadensbegründenden Handlungen nicht irgendwie selber verursacht hat. Es muß sich um Umstände handeln, die ohne ihre Mitwirkung zum Verlust der deponierten Wertpapiere führten, wobei die Bank die Pflicht hat, vorhersehbare und im Rahmen des Möglichen vermeidbare Schäden abzuwenden. Die Bank trägt die Beweislast dafür, daß sie kein Verschulden trifft, und der Deponent dafür, daß ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist.

ee.) Die Rückgabeverpflichtung nach Übertragung des Resguardo de Depósito

Von besonderer Bedeutung wegen der Häufigkeit der Fälle in der Praxis ist die Frage, wann die Bank die Wertpapiere rechtmäßig zurückgegeben hat, wenn sich der Resguardo nicht mehr in den Händen des ursprünglichen Deponenten befindet, weil er auf einen Dritten übertragen wurde. Die sich hieraus ergebenden Besonderheiten resultieren aus der Rechtsnatur dieser Urkunde.

Nach ganz herrschender Rechtsprechung und auch Meinung in der Literatur wird allein der rechtmäßige Eigentümer des Resguardo durch denselben legitimiert und nicht etwa ein gutgläubiger Erwerber.¹⁾ Der Resguardo ist kein Inhaberpapier, sondern nur wirksam, wenn er von dem rechtmäßigen Inhaber vorgelegt wird.²⁾

Fortsetzung der Fußnote 5) zu Seite 73:

die Gesetze vom 1. Juni 1939 und vom 24. Febr. 1941 modifiziert; Art. 22 der Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública vom 1. Juli 1911, das die Art. 548 bis 565 des C. de c. für die Fälle des Raubes, Diebstahls, Abhandenkommens oder der Zerstörung für die Wertpapiere der Deuda Pública für anwendbar erklärt; die Real Orden vom 27. Okt. 1964, die die vorhergehende für anwendbar erklärt; ebenso Art. 238 ff des Reglamento de Bolsas de Comercio vom 30. Juni 1967.

- 1) Tr. S. vom 6. Dez. 1895; 24. Dez. 1906; 24. Juni 1914; 2. Juli 1915; 18. März 1919; 16. Jan. 1920; 16. Jan. 1929; 19. Febr. 1930.
- 2) Tr. S. vom 16. Jan. 1929: "... Die Resguardos de Depósito sind keine Inhaberpapiere, und sie können ihre Wirkung nur durch ihren rechtmäßigen Inhaber erlangen, und die Garantien, die die Banco de España errichtet hat, um sich der genannten Legitimität zu vergewissern, geben ihr einen Anspruch gegen den, der sie verletzt hat, befreien sie aber nicht von der Haftung gegenüber dem wahren Eigentümer, wenn sie mit Fahrlässigkeit, ohne eine Verpflichtung zu haben, die deponierte Sache ausgehändigt hat, gemäß der Lehre, die von

In den Entscheidungen des Tribunal Supremo zeigt sich das Wesen des Resguardo als ein Rektapapier, das übertragbar oder auch nicht übertragbar sein kann, aber nie die Form eines Inhaberpapieres annehmen kann, weshalb die Ansprüche wirksam nur von dem rechtmäßigen Inhaber des Resguardo geltend gemacht werden können und nicht bereits von dem bloßen (nichtberechtigten) Besitzer. Für die Bank bedeutet das, daß sie von ihrer Leistungspflicht nicht dadurch befreit wird, daß sie gutgläubig an einen solchen Besitzer leistet, wie dies gem. Art. 1164 C. c. angenommen werden könnte.¹⁾ Eine Haftungsbefreiung tritt auch dann nicht ein, wenn sie ihre Gutgläubigkeit auf besondere Umstände stützt.²⁾ Die Bank muß also, wenn sie von ihrer Leistungspflicht befreit sein will, an den rechtmäßigen Inhaber leisten, von dessen Berechtigung sie sich mit den ihr geeignet erscheinenden Mitteln überzeugen darf.³⁾

aa'.) Die Übertragung des Resguardo de Depósito

Die Übertragung des Resguardo ist nur möglich, wenn dies mit der Bank vereinbart ist, wenn es sich also um einen übertragbaren Resguardo handelt.⁴⁾ Der Deponent kann bestimmen, ob der Resguardo übertragbar sein soll oder nicht. In den Vorschriften der Banco de España (Art. 32 des Reglamento) sind jedenfalls beide Möglichkeiten vorgesehen. Während bei den verschlossenen Depots meistens nicht übertragbare Resguardos ausgestellt werden, sind diejenigen der offenen Depots gewöhnlich übertragbar.⁵⁾ Die Übertragung des Resguardo geschieht durch ein Indossament, das auf die Rückseite der Urkunde geschrieben wird.⁶⁾ Dabei handelt es sich aber nicht um ein technisches Indossament wie im Falle des Wechselindossamentes. Die Resguardos sind Urkunden, die in der deutschen Rechtssprache als einfache indossierbare Urkunden bezeichnet werden, weil bei ihnen das Indossament nicht dieselben Wirkungen hervorbringt wie das

Fortsetzung der Fußnote 2) zu Seite 74:

diesem Tribunal Supremo in den Entscheidungen vom 24. Dez. 1906, 2. Juli 1915 und 18. März 1919 errichtet worden ist."

- 1) So Tr. S. vom 6. Dez. 1895.
- 2) So der Fall des Tr. S. vom 24. Dez. 1906, wo ein Fedatario unberechtigterweise Wertpapiere eines Kunden zurückforderte und auch erhielt.
- 3) Tr. S. vom 19. Febr. 1930.
- 4) Garrigues, aaO, S. 421; Izquierdo Montoro, aaO, S. 793.
- 5) Garrigues, aaO; Izquierdo Montoro, aaO. Übertragbar sind z. B. die Resguardos del Banco de Madrid, Banco Español de Crédito, Banca March, Banco Comercial Transatlántico. Nicht übertragbar die der Banco Ibérico, Caja de Ahorros Provincial de la Diputación de Barcelona.
- 6) Uría, aaO, S. 658.

Wechselindossament.¹⁾ Es handelt sich hier weder um ein Order- noch um ein Inhaberpapier, das durch die einfache Übergabe der Urkunde mit dem Willen, die Herrschaftsmacht und den Besitz zu übertragen, wie eine Sache übertragbar ist.²⁾ Rechtlich liegt eine Zession vor, die alle Wirkung einer normalen Zession hat, d. h. :

1. Der Zessionar kann nicht mehr Rechte erwerben als die, die der Zedent innehatte.
2. Die Forderung ist unteilbar, und, um Irrtümer zu vermeiden, muß der Zessionar gegebenenfalls Nachforschungen anstellen, um Tatsachen herauszufinden, die die Übertragung hindern können.
3. Bis der Schuldner nicht Kenntnis von der Abtretung des ursprünglichen Gläubigers hat, kann er mit befreiender Wirkung an ihn leisten.
4. Während normalerweise bei jeder Zession eine neue Urkunde ausgestellt werden muß, ist dies hier durch das Indossament auf der Rückseite des Resguardo entbehrlich geworden.³⁾

Als überholt muß heute die Ansicht von Gay de Montellá gelten, der den Resguardo für kein durch Indossament übertragbares Papier hält.⁴⁾ Er vertritt die Meinung, daß es keine andere Möglichkeit gibt, die deponierten Wertpapiere zu übertragen als die, das alte Depot aufzulösen und auf den Namen des neuen Erwerbers die Wertpapiere von neuem zu deponieren. Rechtsprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ gehen jedoch ebenso wie die Bankpraxis⁷⁾ von der Übertragbarkeit aus.

Der Resguardo de Depósito ist kein Traditionspapier, durch dessen Übertragung das Eigentum der hinterlegten Wertpapiere automatisch mit übertragen wird.⁸⁾ In der Übertragung des Resguardo ist die Einigung über den Eigentumsübergang der hinterlegten Wertpapiere enthalten, die gemäß der Entscheidung des Tribunal Supremo

1) Garrigues, aaO, S. 422; Roldán in Beltrán, Diccionario, "Títulos negociables", S. 1256. Zu den Wirkungen des Wechselindossamentes Avilés de Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 461 ff und Garrigues, Curso, Bd. I, S. 761 ff mit zahlreichen Literaturangaben.

2) Zur Übertragung von Inhaberpapieren, s. S. 34 ff.

3) Izquierdo Montoro, aaO, S. 522; Espín, aaO, Bd. III, S. 228.

4) Gay de Montellá, aaO, S. 94.

5) Tr. S. vom 24. Dez. 1906; 2. Juli 1915.

6) Garrigues, aaO, S. 422; Izquierdo Montoro, aaO, S. 793; Suarez Figueroa, aaO, S. 152; Tulla Lobo in Beltrán, Diccionario, "Resguardo", S. 1110.

7) Garrigues, aaO; Art. 32 Reglamento del Banco de España.

8) So die Lehre entsprechend den eben zitierten Entscheidungen des Tr. S.

vom 21. Juni 1928 erforderlich ist. Die nach Art. 545 C. de c. erforderliche "simple tradición" ist in der Abtretung der Rechte aus dem Depotvertrag zu sehen, auf Grund derer der Erwerber die Wertpapiere von der Bank herausverlangen kann.

Anderer Meinung bezüglich des Wesens des Resguardo ist Martínez Sarrión.¹⁾ Ohne auf die diesbezüglichen Entscheidungen des Tribunal Supremo²⁾ einzugehen, kommt er auf Grund der Tatsache, daß eine allgemeine Wertpapiertheorie bestehe, die vor den atypischen Wertpapieren, zu denen der Resguardo auch gehöre, scheitere, zu dem Schluß, daß der Einordnung des Resguardo in die Familie dieser Papiere nichts im Wege stehe. Das Wesen des jeweiligen atypischen Wertpapiers richte sich immer nach den Erfordernissen der Praxis. Seiner Definition nach ist jedes Wertpapier ein Dokument, das in sich alleine (Verkörperung des Rechtes) und für sich alleine (originäre Übertragbarkeit) für den Verkehr geeignet ist.³⁾ Dazu zählt er auch den Resguardo. Seine Meinung begründet er weiterhin damit, daß der Inhaber von Aktien diese meistens überhaupt nicht zu Gesicht bekäme, sondern für ihn der Resguardo der Bank eigentlich die Wertpapiere repräsentiere, denn bereits mit der Vorweisung des Resguardo bekomme er die Dividenden ausgezahlt, könne Eintrittskarten zu Hauptversammlungen erhalten und er könne auch den Resguardo indossieren. Da der Resguardo ähnlich wie ein Traditions- oder Repräsentationspapier die deponierten Wertpapiere repräsentiere, sei ihm auch bei der Übertragung eine gleiche Funktion zuzuschreiben.

Es besteht jedoch kein Bedürfnis, die Funktionen des Resguardo in derartiger Weise auszuweiten.⁴⁾ Diese Theorie ist offensichtlich von dem Ausgangspunkt her entwickelt worden, daß die "Resguardos de Depósito de Almacenes Generales" (im deutschen Recht: Lagerscheine), deren Grundlage ebenfalls Art. 310 C. de c. ist, Traditions-papiere sind.⁵⁾ Während dort jedoch Waren, also u. U. schwer transportierbare oder verderbliche Gegenstände, durch ein Papier er-

-
- 1) Martínez Sarrión, Si la posesión de los resguardos de depósito de valores entraña la propiedad de las acciones, *Revista de Derecho Privado*, 1965, S. 3 ff.
 - 2) Tr. S. vom 24. Dez. 1906; 2. Juli 1915; 16. Okt. 1917; 16. Jan. 1929; 19. Febr. 1930.
 - 3) Martínez Sarrión, aaO, S. 7: "Todo documento que devenga en sí mismo (incorporación del derecho) y por sí mismo (transmisibilidad originaria) apto para la circulación."
 - 4) Garrigues, aaO, S. 415.
 - 5) Hierzu Langle y Rubio, aaO, S. 364; Vicente y Gella, aaO, Bd. II, S. 97; Garrigues, *Curso*, Bd. I, S. 680 ff mit weiteren Literaturangaben.

setzt werden sollen, würden hier lediglich andere Papiere durch ein weiteres repräsentiert. Außerdem würde der Schutz, den die Rechtsprechung durch Aufstellung der besonderen Prüfungs- und Sorgfaltspflichten der Bank bei der Rückgabe dem Hinterleger gewährt hat, wegen Art. 1164 C. c. entfallen, denn dann könnte die Bank gutgläubig an den (nichtberechtigten) Besitzer des Resguardo leisten.¹⁾ Nach dem herrschenden System der Wertpapierübertragung (Decreto vom 19. Sept. 1936 und die nachfolgenden Gesetze) würde auch dadurch, daß der Resguardo zu einem Traditionspapier gemacht wird, eine Erleichterung bei der Übertragung der Wertpapiere nicht eintreten (vgl. folgenden Abschnitt). Insgesamt gesehen erfüllt der Resguardo de Depósito seine Funktionen auch als ein bloßes Beweispapier vollkommen.

bb'.) Auswirkungen des Decrets vom 19. Sept. 1936 auf die Übertragung des Resguardo de Depósito

In dem Decret vom 19. Sept. 1936 und in den nachfolgenden Gesetzen, die es bestätigen und erweitern,²⁾ wird der Fall der Übertragung der Wertpapiere durch die Indossierung des Resguardo nicht ausdrücklich erwähnt. Insgesamt werden aber alle Übertragungstatbestände von Wertpapieren innerhalb und außerhalb der Börse erfaßt.³⁾ Bei der Übertragung des Resguardo haben die Vertragsparteien als Sinn und Zweck die Übertragung der deponierten Wertpapiere, und nicht die des Resguardo alleine beabsichtigt. Auch bei dieser Übertragung ist daher die Mitwirkung eines Fedatario erforderlich.⁴⁾ Dem Fedatario müssen die notwendigen Unterlagen vorgelegt werden, aus denen sich der rechtmäßige Besitz des Übertragenden ergibt. Die bloße Tatsache, daß die Wertpapiere auf den Namen des Veräußerers deponiert sind, befreit ihn nicht von seiner Prüfungspflicht.⁵⁾ Das Depot begründet nicht aus sich alleine heraus eine Vermutung für das Eigentum des Deponenten an den hinterlegten Wertpapieren.⁶⁾

1) Vgl. hierzu oben S. 66 ff.

2) S. oben S. 35 ff.

3) Suarez de Figueroa, aaO, S. 152.

4) Suarez de Figueroa, aaO, S. 153.

5) Tr. S. vom 24. April 1893: "Weder beweist eine Urkunde, die eine Person unterschreibt, wobei sie in ihr feststellt, daß sie von einer anderen Person eine bestimmte Anzahl von öffentlichen Wertpapieren erhalten hat ... die Existenz eines Kaufvertrages über jene Effekten, noch sind die Resguardos, die eine Sparkasse oder eine Bank denjenigen übergibt, die Wertpapiere irgend einer Art deponieren, Urkunden, die so angesehen werden dürfen, daß allein mit ihnen das Eigentum der hinterlegten Wertpapiere als erwiesen anzusehen ist."

6) Tr. S. vom 15. Juli 1915.

Wenn ein Resguardo indossiert wird, ohne daß dabei das Datum dieses Vorganges vermerkt wird, so ist diese Übertragung zunächst unwirksam. Die Wirksamkeit tritt jedoch mit ex nunc Wirkung dann ein, wenn der Indossatar den Resguardo der Bank zwecks Rückgabe der hinterlegten Wertpapiere vorlegt.¹⁾

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß für die Übertragung des Resguardo und der hinterlegten Wertpapiere Folgendes erforderlich ist:

1. Einigung der Vertragspartner
2. Indossierung des Resguardo
3. Übergabe des Resguardo und damit Besitzverschaffung an den hinterlegten Wertpapieren (Art. 545 C. de c.)
4. Mitwirkung eines Fedatarios, der sich von der Rechtmäßigkeit des Besitzes des Veräußerers vergewissern muß
5. Bekanntmachung dieses Vorganges in der Bank und Eintragung in die dafür vorgesehenen Bankbücher (kein Wirksamkeitserfordernis).²⁾

ff.) Die Rückgabe an Dritte

Bei der Errichtung eines Depots kann einer dritten Person das Recht eingeräumt werden, die Wertpapiere zurückzufordern (vgl. Art. 1766 C. c., Art. 9 Estatutos und Art. 38 des Reglamento del Banco de España). Dies wird in dem Resguardo und in den sonstigen diesbezüglichen Unterlagen der Bank vermerkt. Wenn der Dritte die Wertpapiere zurückverlangt, muß die Bank sie ihm aushändigen, wobei ihr dieselben Prüfungspflichten obliegen, wie wenn sie der ursprüngliche Deponent zurückforderte.³⁾ Eine Änderung des Wesens des Depotvertrages ergibt sich durch diese Bestimmung nicht.⁴⁾

1) Tr. S. vom 10. Dez. 1912.

2) Vgl. oben S. 68 f.

3) Vgl. oben S. 66 ff.

4) Tr. S. vom 19. Okt. 1912: "Aus den Art. 303 und 306 C. de c. und aus Art. 1758 C. c., die die Voraussetzungen und das Wesen des Depotvertrages bestimmen, muß man logischerweise schließen, daß bei diesem Vertrag die juristische Beziehung zwischen dem Hinterleger, der Eigentümer der Sache ist, die er aushändigt, und dem Verwahrer, der sie mit der Verpflichtung empfängt, sie zu bewachen und wieder zurückzugeben, zustande kommt, ohne daß sich die gesetzliche Situation von jenen bezüglich der verwahrten Sache wegen der Bezeichnung der Person, die sie zurückverlangen kann, ändert ..."

Durch das Depot von Wertpapieren wird die Inhaberschaft dieser Papiere nicht auf diejenigen Personen übertragen, die gemäß der Bestimmung des Hinterlegers berechtigt sind, das Depot zurückzufordern. Eine juristische Beziehung kommt durch den Depotvertrag lediglich zwischen dem Hinterleger, der Inhaber der Wertpapiere ist, und dem Verwahrer zustande, ohne daß sich die gesetzliche Situation des Inhabers bezüglich der hinterlegten Wertpapiere durch die Bezeichnung der Person, die sie zurückfordern kann, änderte. Auch ändert der Umstand nichts, daß das, was deponiert ist, Wertpapiere sind, die grundsätzlich gem. Art. 545 C. de c. durch die einfache Übergabe der Urkunde übertragbar sind. Diese Übergabehandlung setzt den Willen, Eigentum und Besitz zu übertragen, voraus, was bei der Genehmigung, das Depot zurückzufordern, nicht der Fall ist.¹⁾

gg.) Die Rückgabe bei mehreren Deponenten

Die Rückgabe der deponierten Wertpapiere bei mehreren Deponenten ist in den Art. 1772 iVm 1141, 1142 C. c. geregelt. Diese Vorschriften sind anzuwenden, wenn nicht im Einzelfall etwas anderes vereinbart ist. Demnach kann jeder einzelne Deponent, wenn es sich nicht um ein Depot zur gesamten Hand handelt, seinen Teil zurückfordern (Art. 1772 I C. c.).²⁾ Wenn es sich um ein Depot zur gesamten Hand handelt, kann gem. Art. 1772 II iVm 1141 C. c. jeder Deponent das tun, was auch für die übrigen Deponenten von Nutzen ist.³⁾ Dies muß auch bedeuten, daß er gegebenenfalls die Papiere zurückfordern kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen.⁴⁾ Gem. Art. 1772 II iVm 1142 C. c. darf der Depositar dementsprechend an jeden der Deponenten zurückgeben. Wenn dies jedoch gerichtlich von einem von ihnen verlangt wird, so muß er an diesen zurückgeben.⁵⁾

In diesem Zusammenhang verpflichtet die Banken ihre Deponenten meistens, sich

1) Tr. S. vom 19. Okt. 1912; 16. Juni 1955.

2) Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 83; Castán, Derecho civil español común y foral, Bd. IV, S. 616, 617; Domingo Tarrio, Depósitos indistintos, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1927, S. 811 ff; Tr. S. vom 29. Okt. 1912; 28. Juni 1913; 23. April 1965.

3) Castán, aaO, S. 617; Mantero in Beltrán, Diccionario, "Deposítante", S. 500.

4) Hierzu Tr. S. vom 28. Juni 1913, wo entschieden wurde, daß bei einem Wertpapierdepot, das von zwei Personen errichtet wurde, der Beweis dessen zulässig ist, daß es nur einem von ihnen gebührt.

5) Tr. S. vom 22. Febr. 1917.

bei der Rückforderung an die geltenden Steuergesetze zu halten.¹⁾ Diese Klausel ist auf dem Resguardo oft sogar durch Fettdruck hervorgehoben, ohne daß klargestellt würde, welche Steuergesetze eigentlich gemeint sind. Sie bedeutet den Verweis auf Art. 18 des Real Decreto vom 21. Sept. 1922, wonach es verboten ist, ohne vorherige Benachrichtigung der Oficina liquidadora del impuesto de Derechos Reales beim Tode eines der Deponenten das Depot aufzuheben. Diese Vorschriften sind inzwischen durch die Art. 149 - 151 iVm 126 und 43 der Ley y Tarifas del Impuesto General sobre las sucesiones (Decret vom 6. April 1967) für die Fälle erweitert worden, in denen die Wertpapiere von Mitinhabern, Indossataren oder Bevollmächtigten im Falle des Todes von irgendeinem der Begünstigten, Vollmachtsgeber oder Zedenten des Depots zurückgezogen werden.

hh.) Die Rückgabe an einen Vertreter

Gleichgültig, ob das Depot von einem Vertreter oder von dem Inhaber der Wertpapiere selber errichtet wurde, die Rückforderung kann immer durch einen Vertreter geschehen (Art. 39 Reglamento del Banco de España).²⁾ Der Vertreter muß den Original-Resguardo und eine Bestätigung seiner Vollmacht vorweisen. Welcher Art die Vollmacht ist, ist gleichgültig, wenn sich nur aus ihr ergibt, daß sie sich auch auf die Rückforderung gerade des in Frage kommenden Depots bezieht.³⁾ Eine besondere Form der Vollmachtserteilung ist nicht erforderlich. Die Rückforderung der Wertpapiere kann in der Weise geschehen, daß der Vertreter durch den "recibí" auf dem Resguardo den Empfang der Wertpapiere be-

1) So z. B. Nr. 12 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico: "Die Konten und Depots, die ohne Unterscheidung auf den Namen von zwei oder mehreren Personen errichtet sind, richten sich, soweit dies angebracht ist, nach den Vorschriften der Steuergesetze, die diese Modalität regeln. Die Inhaber derselben sind für die Verletzungen der geltenden Vorschriften verantwortlich, und sie halten die Bank für jede Gefahr schadlos, die sie treffen kann, wenn sich die interessierten Parteien nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten haben."

2) Espín, aaO., Bd. I, S. 394; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO., S. 374.

3) Tr. S. vom 28. Nov. 1898: "... um die Depots durch einen Bevollmächtigten zurückzugeben, erfordert Abs. I des erwähnten Art. 224 ihres Reglamento (del Banco de España) nicht eine Vollmacht, die besonders hinsichtlich des Depots konkretisiert wurde, sondern lediglich die Vorweisung einer Vollmacht, die den Beauftragten ermächtigt, es zurückzuverlangen. Dabei kann dies eine allgemeine oder eine besondere Vollmacht sein, wenn sie nur die notwendigen Erfordernisse der Rückgabe beinhaltet."

stätigt, oder dadurch, daß er den bereits von dem Inhaber der Papiere mit der Empfangsbestätigung versehenen Resguardo der Bank vorlegt. Wenn die Bank an einen falsus procurator herausgibt, so gelten für die Haftung der Bank die für die Herausgabe an einen Nichtberechtigten aufgestellten Grundsätze.¹⁾

ii.) Die Herausgabe an die Erben

Ist der Deponent gestorben, so ist die Bank verpflichtet, die Wertpapiere an seine Erben herauszugeben, sobald diese es verlangen, Art. 1766 C. c.²⁾ Erbe ist, wer auf Grund von Testament oder auf Grund von gesetzlicher Erbfolge erbt (Art. 658 ff, 662 ff, 912 ff C. c.).³⁾ Durch die Erbfolge werden alle Rechte und Pflichten und alle Güter des Erblassers übertragen (Art. 659 C. c.).⁴⁾ Diese Gesamtrechtsnachfolge findet im Moment des Todes des Erblassers statt (Art. 657 C. c.).⁵⁾

Auch bei der Erbfolge ist die Bank verpflichtet, die Berechtigung der Erben zu überprüfen.⁶⁾ Tut sie es nicht, so läuft sie Gefahr, von den wahren Erben in Anspruch genommen zu werden. Die Kontrolle der Bank wird aber dadurch erleichtert, daß auch die Vererbung von Wertpapieren eine Übertragung darstellt. Durch das Decret vom 4. Juli 1938 wird als Ergänzung des Decretes vom 19. Sept. 1936 angeordnet, daß jede Übertragung mortis causa als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit erfordert, daß die zuständigen Steuerbehörden (Oficinas liquidadoras del impuesto de derechos reales) nach Überprüfung des rechtmäßigen Besitzes des Erblassers ihre Zustimmung durch eine besondere Bemerkung auf dem vorgelegten Dokument, also der Póliza, beurkunden. Bis zur Durchführung dieser Beurkundung kann die Bank die Herausgabe verweigern.

Die oben aufgeführten erbrechtlichen Grundsätze gelten auch in dem Fall, daß in dem Resguardo angeordnet ist, daß die Zurückforderung der Wertpapiere durch

1) Vgl. oben S. 66 ff.

2) Hierzu die Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado vom 10. März 1916; 17. März 1919; 13. Febr. 1936.

3) Tr. S. vom 22. Jan. 1963: "... Erbe ist jener Nachfolger, dem die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Verstorbenen gebührt ..."

4) Espín, aaO, Bd. IV, S. 283 und 497; Tr. S. vom 9. Juli 1940; 18. April 1942; 24. April 1951; 29. Okt. 1960.

5) Espín, aaO, S. 282; Lacruz, Sucesión universal, sucesión a título de heredero y designación der heredero, Revista de Derecho Notarial, 1961, S. 41 ff.

6) Suarez de Figueroa, aaO, S. 154; Langle y Rubio, Bd. II, S. 495.

eine dort genannte Person erfolgen kann oder soll. Durch die Hinterlegung der Wertpapiere mit dieser besonderen Klausel wird auf den zur Rückforderung Berechtigten noch kein Eigentum an ihnen übertragen.¹⁾ Wenn der Eigentümer dieser Papiere stirbt, geht ihr Eigentum entsprechend der geltenden Erbfolge auf die Erben über und nicht auf die Personen, die das Depot zurückfordern dürfen.²⁾ Wenn der Erblasser sie auf diese hätte übertragen wollen, so hätte er dies durch ein Geschäft unter Lebenden oder durch eine in richtiger Form abgefaßte letztwillige Verfügung tun müssen.³⁾ Inwieweit sie aber Ansprüche gegen die Erben geltend machen kann, hängt von anderen, nicht erbrechtlichen Vorschriften ab.

Eine Umgehung der erbrechtlichen Formvorschriften ist auch dadurch nicht möglich, daß die Wertpapiere durch ein Indossament auf dem Resguardo nach dem Tode des Deponenten übertragen werden. Das Tribunal Supremo sieht in der Entscheidung vom 24. April 1909 hierin die "causa einer Schenkung". Sie könne nur als Schenkung mortis causa angesehen werden, die den Bestimmungen unterworfen ist, die die testamentarische Erbfolge regeln, ohne daß die Aushändigung des Resguardo, wenn sie vom Hinterlasser bereits vor seinem Tode vorgenommen wurde, diesbezüglich etwas ändere. Auch das Wesen des Indossamentes führe hierbei zu keinem anderen Ergebnis. Diese Ansicht des Tribunal Supremo wird auch durch die Art. 621 und 632 C. c. begründet, wonach die Indossierung als Handlung inter vivos keine Wirkung zeitigen kann, wenn ihr eindeutiger Wortlaut das Eigentum nur nach dem Tode des Hinterlegers übertragen sollte.⁴⁾

kk.) Die Rückgabe an Geschäftsunfähige

Der Fall, daß an dem Depotgeschäft ein Geschäftsunfähiger beteiligt ist, ist in den Art. 1764 und 1765 C. c. geregelt.⁵⁾ Danach ist eine geschäftsfähige Per-

1) Tr. S. vom 29. Okt. 1912; 16. Juni 1955.

2) Tr. S. vom 29. Okt. 1912.

3) Tr. S. vom 24. April 1909.

4) Hierzu die Entscheidung des Tr. S. vom 4. Nov. 1926, wo festgelegt wird, daß die Schenkung "mortis causa" zu ihrer Wirksamkeit der Voraussetzungen und Formerfordernisse bedarf, die die Testamente erfordern. Ebenso auch die Entscheidungen vom 21. Jan. 1898; 13. Juni 1900; 14. Dez. 1910; 9. April 1942; 8. Juli 1943; 6. Febr. 1954.

5) Dem spanischen Recht ist der Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 106 BGB) fremd. Die "Einschränkungen der Rechtspersönlichkeit" (Art. 32 C. c.) werden ausschließlich unter dem Oberbegriff "incapacidad" zusammengefaßt. "Incapacidad" kann dabei einmal eine allgemeine Bedeutung haben (Art. 66 und 170 C. c.). Castán, aaO, Bd. V, Vol. I, S. 154 nennt sie

son, die von einer geschäftsunfähigen etwas zur Verwahrung empfängt, allen Pflichten des Verwahrers unterworfen und kann durch den Vormund, Pfleger oder Verwalter der Person, die das Depot errichtet hat, zur Rückgabe verpflichtet werden.¹⁾ Wenn der Geschäftsunfähige seine Geschäftsfähigkeit wiedererlangt, kann er diese Ansprüche selber geltend machen. War hingegen der Verwahrer geschäftsunfähig, so hat der Deponent gegen ihn lediglich Bereicherungsansprüche. Wenn der Deponent nach dem Zustandekommen des Verwahrungsvertrages seine Geschäftsfähigkeit verliert, dürfen die verwahrten Gegenstände nur dem - oder denjenigen zurückgegeben werden, die die Verwaltung seiner Rechte und Güter innehaben, Art. 1773 C. c.

In der Entscheidung des Tribunal Supremo vom 30. März 1935 wird klargestellt, daß es zu den Verpflichtungen der Bank auch gehört, daß sie die Wertpapiere nicht zurückgeben darf, wenn sie Kenntnis davon hat, daß dem Hinterleger die Geschäftsfähigkeit fehlt. Dies braucht hierzu nicht durch eine offizielle juristische Erklärung (Art. 213 ff C. c.) abgesprochen worden zu sein. Es ist bereits ausreichend, daß der Hinterleger bei der Abgabe der Erklärung klar und deutlich erkennen ließ, daß er nicht in der Lage war, Verträge abzuschließen. Wenn die Bank dies hätte erkennen müssen, die deponierten Wertpapiere aber dennoch zurückgibt, so haftet sie.

Dieser Haftung versuchen die Banken in den Condiciones Generales zu entgehen. Dies geschieht durch die Begrenzung der Haftung auf die Fälle, in denen die Bank vorher von der eingetretenen Geschäftsunfähigkeit benachrichtigt wurde, und die zuständige Abteilung tatsächlich davon Kenntnis erhalten hatte, aber trotzdem Geschäftshandlungen mit dem Geschäftsunfähigen durchgeführt hat.²⁾ Jeder Bankkunde geht beim Abschluß eines Depotvertrages (in diesem Fall sogar beim Abschluß jedes von den Condiciones Generales erfaßten Bankvertrages) eine Art selbständige Garantiehaftung zu Gunsten der Bank ein, wonach er verpflichtet ist,

Fortsetzung der Fußnote 5) zu Seite 83:

"incapacidad en sentido estricto" - also etwa die Geschäftsunfähigkeit. Außerdem wird "incapacidad" aber auch im Sinne von "Unfähigkeit" zu einem bestimmten Rechtsgeschäft oder zu bestimmten Arten von Rechtsgeschäften gebraucht.

- 1) Puig Bruteau, aaO, Bd. II, Vol. II, S. 450 und 463; Manresa y Navarro, Código civil español, Bd. XI, Art. 1765, S. 671; Mantero in Beltrán, Diccionario, "Depositante", S. 499. Der Grund für die Wirksamkeit dieses Vertrages ergibt sich daraus, daß der Depotvertrag als Realvertrag keine besondere Geschäftsfähigkeit seitens des Deponenten erfordert.
- 2) So z. B. die Nr. 4 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico; ebenso die der Banco de Madrid.

die Bank für den Fall schadlos zu halten, daß sie später mit ihm als Geschäftsunfähigem irgend eine Rechtshandlung vornimmt und an sich Schadensersatz leisten müßte. Ob dies mit dem Prinzip des Schutzes des Geschäftsunfähigen vereinbar ist erscheint sehr fraglich. Bisher wurde dieser Fall von dem Tribunal Supremo noch nicht entschieden und auch in der Literatur finden sich hierzu keine Aussagen.

11.) Die Rückgabe nach Verlust des Resguardo de Depósito

Der Verlust des Resguardo bewirkt nicht auch gleichzeitig den Verlust der deponierten Wertpapiere. Das Eigentum an diesen bleibt während der gesamten Dauer des Depotvertrages bei dem Deponenten (wenn er die Wertpapiere nicht auf einen Dritten überträgt), und der Resguardo erleichtert lediglich den Beweis des Bestehens dieses Eigentums, bedingt es aber nicht.¹⁾ Im umgekehrten Fall gilt dasselbe: der Depotvertrag erlischt auch dann, wenn die Bank die Wertpapiere an den Deponenten zurückgibt, ohne von ihm den Resguardo mit der Empfangsbestätigung als Beweis dafür erhalten zu haben.²⁾

Die Bank stellt bei dem Verlust des Resguardo dem Deponenten einen neuen aus, der den Stempel "Duplikat" trägt.³⁾ Vor der Ausstellung muß die Bank im Boletín Oficial (das Äquivalent des deutschen Bundesgesetzblattes) oder in einer der Zeitungen des Ortes, wo der Aussage des Eigentümers der Wertpapiere nach der Verlust stattgefunden hat, diesen bekannt geben. Dabei räumt sie eine Frist von 15 - 30 Tagen für Beschwerden ein.⁴⁾ Wenn innerhalb der angegebenen Frist Beschwerden gegen die Ausstellung eines Duplikates vorgebracht werden, wird damit solange gewartet, bis die jeweils zuständige Stelle (z. B. Gericht, Schieds-

1) Das Tr. S. grenzte in der Entscheidung vom 24. April 1883 die juristische Bedeutung des Resguardo in dem Sinne ab, daß dieser, weil er nur ein bloßer Beweistitel ist, nicht dazu dient, das Eigentum an den deponierten Wertpapieren zu beweisen, noch das Bestehen eines Kaufvertrages, der ihren Erwerb erlaubt hätte. Daher löscht auch das Verschwinden oder Abhandenkommen der indossierten Resguardos nicht die Herrschaftsmacht über die deponierten Wertpapiere aus, die in dem Indossament anerkannt ist. Vgl. auch Tr. S. vom 16. Okt. 1918.

2) Tr. S. vom 28. Juni 1952.

3) Tulla Lobo in Beltrán, Diccionario, "Resguardo de Depósito", S. 1110, 111; Art. 42 Reglamento del Banco de España.

4) Die Banco Español de Crédito wartet z. B. 20 Tage, die Caja de Ahorros Provincial de la Diputación de Barcelona 30 Tage, die Banco Ibérico ebenfalls 30 Tage.

gericht usw) entschieden hat, oder bis die Bank das Einverständnis des sich Beschwerenden feststellen kann. Nur bei Einhaltung dieser Vorschriften kann sich die Bank von der Haftung für die Ausstellung eines Duplikates an einen Nichtberechtigten befreien.

Wenn die Bank sich weigert, die deponierten Wertpapiere zurückzugeben, so ist die Zurückforderung selbstverständlich auch vor Gericht möglich. Gemäß der Entscheidung des Tribunal Supremo vom 26. Nov. 1941 wird bei Verlust des Resguardo vor Gericht ein Schriftvergleich vorgenommen. Verglichen wird die Unterschrift des Klägers, der die Wertpapiere zurückverlangt, mit der Unterschrift unter den Schriftstücken, die bei Errichtung des Depots vom Deponenten unterzeichnet wurden, und die sich in der Gewalt der Bank befinden. Wenn die Prüfung ergibt, daß sich die Schriften gleichen, so muß das Depot zurückgegeben werden. Gegebenenfalls müssen aber noch all die Umstände vom Kläger bewiesen werden, die für das Zustandekommen des konkreten Depotvertrages Voraussetzung waren.¹⁾

d.) Die Verwaltung der Wertpapiere

Die Notwendigkeit der Verwaltung der deponierten Wertpapiere ergibt sich aus dem eigentlichen Wesen dieser Papiere.²⁾ Ihr wirtschaftlicher Wert liegt ja nicht in ihrem sachlichen Teil (dem bedruckten Papier), sondern in dem Recht, das sie verkörpern. Jene Rechte heißt es auszuüben, wenn die Papiere ihren Wert bewahren sollen. Dies verpflichtet die Bank als Depositar, die juristischen Vorfälle, die in Beziehung zu solchen Rechten stehen, zu überwachen und zwar entweder, um sie wirksam werden zu lassen (Fälligkeit von Dividenden oder Zinsen) oder um sie zum Erlöschen zu bringen oder zu modifizieren (Rückerstattung des Kapitals, Umwandlung usw). Jegliches Deponieren von Wertpapieren würde weitgehend seinen Sinn verlieren, müßte der Inhaber dieser Papiere diese Aufgaben selbst überwachen oder sogar selbst durchführen. Notwendigerweise muß die Bank diese Aufgaben übernehmen, "wobei sie dann alle die materiellen oder juristischen Handlungen durchführt, die der Deponent durchführen müßte, wenn er die Papiere in seiner Gewalt behalten hätte".³⁾

Dies sind die Gründe, für den Código de comercio, davon auszugehen, daß jedes

1) Puig Peña, aaO, Bd. IV, Vol. II, S. 420; Puig Bruteau, aaO, Bd. II, Vol. II, S. 446.

2) Garrigues, aaO, S. 425.

3) Garrigues, aaO; in diesem Sinne auch Gay de Montellá, aaO, S. 95; Langle y Rubio, aaO, S. 494.

offene Depot ipso facto ein verwaltetes ist.¹⁾ Das wird aus Art. 308 C. de c. ersichtlich:

"Die Verwahrer von Urkunden, Wertpapieren, Effekten oder Dokumenten, die Geldbeträge abwerfen, sind verpflichtet, die Einziehung derselben an ihren Fälligkeitsterminen durchzuführen und ebenso alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, damit die verwahrten Effekten ihren Wert und die Rechte, die ihnen im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften zustehen, behalten."

Gemäß dieser Norm hat die Verwaltungsverpflichtung der Bank einen doppelten Inhalt: einmal müssen die Geldbeträge (Zinsen und Dividenden) eingezogen werden, und zum anderen muß der Wert der Rechte, die die Wertpapiere darstellen, gewahrt werden.²⁾

aa.) Das Einziehen der Zinsen und Dividenden

Das Einziehen der Zinsen und Dividenden stellt wohl die häufigste und alltäglichste aller Verwaltungsverpflichtungen dar. Die Bank muß die Fälligkeitstermine für diese Geldbeträge überwachen, diese anfordern und einziehen. Als Besonderheit kann dabei festgestellt werden, daß die Kupons der Wertpapiere, die mit dem Mantel fest verbunden sind, tatsächlich abgeschnitten werden müssen, was für die Banken einen ungeheuren Arbeitsaufwand darstellt.³⁾

Wenn der Deponent ein Konto auf der Bank hat, werden die erlangten Beträge dort gutgeschrieben, wenn er keine anderslautenden Anweisungen gegeben hat (Art. 7 der Estatutos und Art. 37 des Reglamento del Banco de España). Wenn der Deponent kein Konto bei der Bank hat, so geschieht die Zahlung dieser Geldbeträge an den rechtmäßigen Inhaber des Resguardo.⁴⁾ Einige Banken behalten sich auch das Recht vor, dem Depotkunden ein Konto zu diesem Zweck zu errichten, wenn dieser über keines verfügt.⁵⁾

1) Garrigues, aaO, S. 426.

2) Langle y Rubio, aaO, S. 434.

3) Broseta Pont, Estudios de Derecho Bursátil, S. 32, 33, der eindringlich die Schwierigkeiten der Banken schildert, die sich hieraus ergeben. Vgl. unten S. 108 ff.

4) So ausdrücklich Nr. 6 der Condiciones de Deposito del Banco Español de Crédito.

5) So z. B. die Banco Comercial Transatlántico laut Condiciones de Depósito auf dem Resguardo de Deposito.

bb.) Das Einziehen der Zinsen und Dividenden, wenn die Wertpapiere mit einem Nießbrauchrecht belastet sind

Wenn an den deponierten Wertpapieren ein Nießbrauchrecht besteht, und der Bank dies bekannt ist, so hat sie die Zinsen und Dividenden dem Nießbrauchberechtigten zuzuführen (für Aktien ergibt sich dies auch aus Art. 41 LSA).¹⁾ Das kann entweder durch eine Gutschrift auf dem Konto des Nießbrauchberechtigten bei der Depotbank erfolgen, wenn er ein solches hat, oder in irgendeiner anderen Form der Geldüberweisung (Art. 7 und 10 der Estatutos und Art. 37 des Reglamento del Banco de España).

cc.) Das Durchführen der notwendigen Handlungen, damit die deponierten Wertpapiere die Rechte, die ihnen zustehen, behalten

Die Bestimmung der jeweils notwendigen Handlungen hat gemäß dem Wesen der deponierten Wertpapiere zu erfolgen. Hierzu gehört z. B. die Zahlung der passiven Dividenden, die Ausübung der Bezugsrechte auf Aktien und die Zahlung der dafür erforderlichen Geldbeträge, das Einziehen der Aktien, die im Wege der Dividendenausschüttung ausgehändigt werden, die Einziehung der Tilgungssummen, die Entgegennahme von ausgetauschten Wertpapieren, die Gutschrift von Gratifikationen für die Teilnahme an Hauptversammlungen usw.²⁾ Die Aufzählung sämtli-

1) Garrigues, aaO, S. 428; vgl. ders., *Acciones en usufructo y en prenda*, *Revista de Derecho Privado*, 1942, S. 437 ff; Suarez de Figueroa, *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles*, Editorial, *Revista de Derecho Privado*, 1946; Villavicencio, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, *Anuario de Derecho civil*, 1952, S. 1187 ff.

2) Garrigues, aaO, S. 428, 429; Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 415; Gay de Montellá, aaO, S. 95. In den *Condiciones Generales* der Banken ist meistens ähnliches wie in Nr. 5 der *Condiciones del Depósito del Banco de Madrid* enthalten: "Die Bank wird sich darum kümmern, die Zinsen oder Dividenden, die fällig sind, einzuziehen, die Tilgungslisten zu überprüfen, die Beträge der Wertpapiere einzuziehen, deren Erstattung verkündet wurde, den Betrag nach Wunsch auf ein Konto zu legen oder den Interessierten zur Verfügung zu halten; die Wertpapiere zwecks Umtausch, Umwandlung, Abstempelung wegen Verringerung oder Erhöhung des Kapitals oder wegen Änderung des Gesellschaftsnamens oder zu anderen Zwecken und zu den übrigen notwendigen Handlungen vorzulegen." Galán Galindo in Beltrán, *Diccionario, "Depósito administrado"*, S. 501 zählt folgendes auf: "... z. B. das Abschneiden, das Berechnen, das Vorweisen und das Einziehen der Kupons und Dividenden,

cher Vorfälle ist unmöglich, da die einzelnen Banken nicht alle dieselben Wertpapiere zum Depot zulassen. Ihre Vielfältigkeit erfordert von der Bank eine allgemeine sorgfältige Überwachung der wichtigen Daten für sämtliche deponierbare und in der jeweiligen Bank auch deponierten Wertpapiere.¹⁾

Werden Geldbeträge eingezogen, die mit den eben aufgezählten Verwaltungshandlungen zusammenhängen, so muß die Gutschrift dieser Summen ebenfalls entsprechend Art. 7 und 10 der Estatutos und Art. 37 des Reglamento del Banco de España geschehen.²⁾

aa°.) Die Zahlung der passiven Dividenden

Art. 34 LSA bestimmt, daß Aktien als Inhaber- oder als Namenspapiere ausgestellt werden können, daß sie aber immer Namenspapiere sein müssen, wenn sie noch nicht vollständig bezahlt sind, oder wenn dies die gesetzlichen Vorschriften erfordern. Gemäß Art. 44 LSA muß der Aktionär der Gesellschaft diesen noch nicht bezahlten Betrag in der Form, die die Satzung bestimmt, oder, wenn dort keine Angaben enthalten sind, in derjenigen bezahlen, die in der Hauptversammlung der Gesellschaft festgelegt wird. Hierbei handelt es sich um die sog. passiven Dividenden. Wenn die Gesellschaft die passiven Dividenden von ihren Aktionären anfordert, so sind diese von ihnen zu bezahlen; das bedeutet, daß jeder von ihnen über die Fälligkeit dieser Beträge informiert sein muß. Beahlt ein Aktionär nicht, so kann die Gesellschaft z. B. auf seine Kosten und Gefahr hin die Aktien verkaufen (Art. 44 LSA).³⁾ Deshalb gehört die rechtzeitige Begleichung der passiven Dividenden zu den Verwaltungsaufgaben der Depotbank.⁴⁾ Sie belastet sein Konto mit dem von ihm der Gesellschaft geschuldeten Betrag oder sie muß ihn, wenn er über keines verfügt, von der Notwendigkeit informie-

Fortsetzung der Fußnote 2) zu Seite 88:

wobei die Gutschrift auf das vom Kunden angezeigte Konto vorgenommen wird; Mitwirkung und Durchführung von Umtausch, Fusionen und Umwandlungen; das Durchführen der Beantragung von neuen Kupons, das Abstempeln, die Verschaffung von Eintrittskarten für die Hauptversammlungen; der Kauf und Verkauf von Wertpapieren, die Mitwirkung bei Kapitalerhöhungen und Bezugsrechten und der Handel mit den dazugehörenden Rechten usw. "

1) Garrigues, aaO, S. 428, 429.

2) Hierzu Garrigues, Curso, Bd. I, S. 451 ff; Avilés Cucurella y pou de Avilés, aaO, S. 173 ff.

3) Hierzu Tr. S. vom 25. März 1925; 3. Febr. 1962.

4) Garrigues, aaO, S. 428, 429.

ren, die passiven Dividenden zu bezahlen.¹⁾

bb'.) Die Zahlung der passiven Dividenden, wenn die deponierten Aktien mit einem Nießbrauchrecht belastet sind

Für diesen Fall bestimmt Art. 41 II LSA, daß der Nießbrauchberechtigte diese Zahlung vornehmen kann, wenn er sein Nießbrauchrecht behalten will, unbeschadet einer Rückforderung gegen den Eigentümer (Aktionär) bei Beendigung des Nießbrauchrechtes. Wenn der Nießbrauchberechtigte nicht bezahlt, so muß die Gesellschaft auch die Zahlung des Aktionärs annehmen.²⁾

Für die Bank bedeutet dies, daß sie die Zahlung für den Nießbrauchberechtigten vorzunehmen hat, und daß sie den Aktionär zu benachrichtigen hat, damit dieser gegebenenfalls von seinem Recht Gebrauch machen kann.³⁾

cc'.) Die Ausübung des Bezugsrechtes auf Aktien bei Erhöhung des Gesellschaftskapitals

In Art. 39 LSA wird das Bezugsrecht den alten Aktionären zugestanden.⁴⁾ Hieraus wird abgeleitet, daß das Recht auf Bezug von neuen Aktien den Aktien, die auf einer Bank deponiert sind, innewohnt, und daß dieser die Verpflichtung obliegt, das Notwendige zu tun, damit dieses Recht nicht mangels Nichtausübung untergeht.⁵⁾ Die Bank muß den Hinterleger zu diesem Zweck umfassend über die genauen Bedingungen des Bezugsrechtes informieren und seine Anweisungen erbiten.⁶⁾

Wenn der Hinterleger keine Anweisungen erteilt, verkaufen die Banken das Bezugsrecht gewöhnlich am letzten möglichen Tag bestens an der Börse.⁷⁾ Einige Banken haben sich für den Fall des Bezugsrechtes das Recht vorbehalten, unter bestimmten Umständen auf Kosten und Gefahr des Aktionärs in seinem Namen die

1) Garrigues, Acciones en usufructo y en prenda, Revista de Derecho Mercantil, 1942, S. 437.

2) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 429; Querol Bellido in Beltrán, Diccionario, "Dividendo activo y pasivo", S. 546.

3) Querol Bellido, aaO.

4) Zum Bezugsrecht Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 456; Garrigues, Curso, Bd. I, S. 456.

5) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 430.

6) Gay de Montellá, aaO, S. 122.

7) Gay de Montellá, aaO. Hierzu auch Infante, La venta de derechos de suscripción de nuevas acciones, Revista de Derecho mercantil, 1946, Bd. I, S. 164 ff.

neuen Aktien zu beziehen, vgl. z. B. Art. 8 der Estatutos und Art. 45 des Reglamento del Banco de España.¹⁾

Wird das Bezugsrecht verkauft, so wird der erlangte Betrag dem Konto des Hinterlegers gutgeschrieben oder ihm zur Verfügung gestellt. Wird es ausgeübt, so werden die neuen Aktien unter denselben Bedingungen wie die alten Aktien deponiert.²⁾

Schwierig für die Bank kann sich die Abwicklung der Ausübung des Bezugsrechtes dann gestalten, wenn die Wertpapiere nicht an der Börse notiert werden, und wenn der Markt für den Verkauf der Bezugsrechte sehr eng ist. Hier ist Sánchez Calero zu Recht der Ansicht, daß der Bank in einem solchen Fall ihre Verwaltungsverpflichtung gebieten kann, die neuen Aktien zu beziehen, auch wenn dies weder vorher vereinbart noch als Möglichkeit in den AGB oder den Estatutos der Bank vorgesehen war.³⁾ Andernfalls würden die hinterlegten Wertpapiere Rechte verlieren, die ihnen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zustehen.

dd'.) Die Ausübung des Bezugsrechtes, wenn die deponierten Wertpapiere mit einem Nießbrauchrecht belastet sind

Das Bezugsrecht würde dem Aktionär gem. Art. 41 I LSA gebühren, wenn es zu den "ganancias sociales" der Aktie gehören würde, also als Frucht der Aktie zu betrachten wäre.⁴⁾ Entsprechend der Definition der Art. 354, 355 C. c. fehlen dem Bezugsrecht jedoch die klassischen Merkmale der Frucht.⁵⁾ Es handelt sich vielmehr um ein Recht, das mit der Aktie verbunden ist, das von ihr abhängig ist, und das dem Aktionär nur auf Grund der Tatsache gebührt, daß er andere

1) Garrigues, aaO, S. 430 stellt die selbständige Ausübung des Bezugsrechtes ohne Anweisung des Deponenten als eine Möglichkeit dar, die ausschließlich der Banco de España zusteht. Dies entspricht nicht den Tatsachen, da sich auch z. B. die Banco Comercial Transatlantico dieses Recht vorbehalten hat.

2) Garrigues, aaO.

3) Sánchez Calero, aaO. S. 122.

4) Garrigues, aaO, S. 431. Zum Begriff der Frucht Manresa y Navarro, aaO, Art. 354, S. 261: "Frucht ist alles, was eine Sache in regelmäßigen Abständen ohne Verringerung ihrer eigenen Substanz produziert"; hierzu auch Martín-Rotorillo, Notas sobre el concepto de frutos, Revista de Derecho Privado, 1932, S. 86 und 350; 1934, 318.

5) Garrigues, aaO, S. 430.

Aktien besitzt.¹⁾ Somit ist der Inhaber der Aktie auch dann noch Inhaber des Bezugsrechtes, wenn die Aktie selber mit einem Nießbrauchrecht belastet ist.²⁾ Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus den Art. 41 und 42 LSA.³⁾

ee^o.) Die Auswirkungen des Bestehens eines Nießbrauchrechtes, wenn neue Aktien im Wege der Dividendenausschüttung oder unter Belastung der Reserven verteilt werden

Werden neue Aktien im Wege der Dividendenausschüttung verteilt, so stellen sie eine Frucht der alten Aktien dar und gebühren dem Nießbrauchberechtigten.⁴⁾ Alles, was der Aktionär nicht allein in der Form der Dividende, sondern auf dem Weg der Dividende erhält, ist eine Frucht oder ein Gewinn, und gehört somit dem Nießbrauchberechtigten.⁵⁾

Wem die neuen Aktien gehören, wenn diese unter Belastung der Reserven verteilt werden, ist umstritten. Die wohl herrschende Meinung vertritt die Ansicht, sie gebühren dem Eigentümer der alten Aktien.⁶⁾ Schwierig ist die Rechtslage für die Bank, wenn sich Nießbrauchberechtigter und Aktionär nicht einig sind, und jeder von ihnen der Bank widersprüchliche Anweisungen hinsichtlich der neuen Aktien gibt, oder wenn sich nur einer von ihnen der Bank gegenüber äußert, der andere aber schweigt. Es ist nun fraglich, ob die Bank immer den Anweisungen folgen soll, auch wenn sie der Ansicht ist, dem anderen Teil gebührten die neuen Aktien

1) Izquierdo Montoro, aaO, S. 253.

2) Garrigues, aaO, S. 431.

3) Die Schaffung des Art. 41 LSA (1951) beendete eine große Kontroverse in der hier besprochenen Frage, wem in diesem Fall das Bezugsrecht gebührt: Bofarull y Romaná, *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, *Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, S. 75 ff; Suarez de Figueroa, *Comentarios sobre el derecho del accionista de compañías mercantiles a suscribir nuevas acciones cuando están separados el usufructo y la nuda propiedad*, *Revista de Derecho Mercantil*, 1947 II, S. 249 ff; Martínez de la Fuente, *El derecho de usufructo de acciones de sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones*, *Revista de Derecho Mercantil*, 1947 II, S. 7; Uría, *El derecho de voto del accionista*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, S. 7 ff.

4) Garrigues, aaO, S. 431, 432 gibt eine umfassende Darstellung des hierüber bestehenden Meinungsstreites.

5) Garrigues, aaO, S. 434; Querol Bellido in Beltrán, *Diccionario, "Dividendo extraordinario"*, S. 548, 549.

6) Garrigues, aaO, S. 431 ff mit zahlreichen Literaturangaben.

und ob sie von dem die Anweisungen gebenden Teil eine Einverständniserklärung des anderen Teils verlangen kann. In all diesen Fällen kann es aber nicht Aufgabe der Bank sein, diese möglichen Kollisionen zwischen dem Recht des Eigentümers und dem Recht des Nießbrauchberechtigten zu lösen. Die einzige Aufgabe, die der Bank obliegt, ist es, das Notwendige zu tun, damit die deponierten Wertpapiere ihren Wert und die Rechte, die ihnen gebühren, bewahren. Diese Verpflichtung erfüllt sie, wenn sie die neuen Aktien einzieht und sie in dieselbe juristische Position bringt, die die alten Aktien innehatten.¹⁾ Eigentümer und Nießbrauchberechtigter werden sich dann untereinander über ihre Berechtigung hinsichtlich dieser Aktien auseinanderzusetzen zu haben. Dem obsiegenden Teil gegenüber ist die Bank verpflichtet, die Aktien seinen Anordnungen gemäß zu behandeln. Es wird ihr allerdings das Recht zugestanden werden müssen, als Beweis für das Obsiegen von ihm eine Einverständniserklärung des unterlegenen Teils zu fordern, bzw. einen entsprechenden anderen Beweis.

dd.) Die Haftung der Bank bei der Verwaltung der Wertpapiere; die Bedeutung der Befreiungsklauseln

Theoretisch scheint das Prinzip, das der Haftung der Bank in diesem Fall zugrunde liegen muß, offen auf der Hand zu liegen: Wenn die Bank alles Notwendige unternehmen muß, damit die Wertpapiere ihren Wert und die Rechte bewahren, die ihnen zustehen, wie es Art. 308 C. de c. anordnet, so erscheint es klar, daß dann, wenn sie dies nicht tut, und wenn diese Unterlassung schuldhaft ist und dem Hinterleger dadurch ein Schaden entsteht, die Bank diesem gegenüber verantwortlich sein muß.¹⁾

Der Umfang der Haftung der Bank richtet sich nach der Feststellung, wann ihr eine konkrete Verwaltungsverpflichtung aus dem Depotvertrag obliegt. Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, daß die Bank bei einem Depot, das sich verwaltetes nennt, auch tatsächlich verwalten muß, da sonst der Vertrag für den Deponenten weitgehend sinnlos wäre. Er möchte sich ja gerade der Überprüfung und Durchführung der für seine Wertpapiere anfallenden Verwaltungshandlungen entziehen. Weiterhin werden die Banken für ihre Tätigkeit entlohnt, die in der Praxis auch immer die Verwaltung in sich einschließt. Sie haben auch ein großes Interesse daran, möglichst viele Wertpapiere zu verwahren und zu verwalten, denn so erhalten sie noch weitere Vorteile wie das Depotstimmrecht in den Hauptversammlungen, die Beträge der Dividenden und Zinsen, die zunächst als Geldeinlagen gewöhnlich bei der Bank verbleiben, und dazu gewähren ihnen die Wertpapiere

1) Garrigues, aaO, S. 434.

noch Sicherheiten gegen mögliche Forderungen aus anderen Rechtsgeschäften gegen die Hinterleger.

Hieraus ergibt sich, daß die Gegenseitigkeit beim Depotvertrag auch die Verwaltungsverpflichtung der Bank umfaßt.¹⁾ Als grundlegende Verpflichtung gehört dazu einmal das Einziehen der Dividenden und Zinsen und die Bezahlung der passiven Dividenden, wenn der Deponent über genügend Geld zu diesem Zweck auf seinem Konto bei der Depotbank verfügt.²⁾ Weiterhin wird hierzu die Überprüfung der Listen und Bekanntmachungen der Auslosungen und Tilgungen von Wertpapieren, die Durchführung von Umwandlungen und Umtausch zu zählen sein.³⁾ Die Zahlung der passiven Dividenden und die Geltendmachung von Bezugsrechten kann der Bank dann nicht zugemutet werden, wenn das Geld auf dem Konto des Deponenten hierzu nicht ausreicht. Zugemutet kann der Bank jedoch die Verpflichtung werden, den Deponenten von den für seine Wertpapiere wichtigen Daten zu informieren und ihn gegebenenfalls über die rechtlichen Auswirkungen aufzuklären. Anschließend muß sie seine konkreten Anweisungen erbitten.⁴⁾ Eine derartige Informationspflicht wird immer dann anzunehmen sein, wenn die Rechte der deponierten Wertpapiere beeinträchtigt zu werden drohen.⁵⁾

Mit Ausnahme der Banco de España schließen die Banken jedoch immer jede Haftung aus, die sich irgendwie auf die Verwaltung der Wertpapiere bezieht.⁶⁾ Sie

-
- 1) Garrigues, aaO, S. 434; auch die anderen Autoren gehen von der Verwaltungsverpflichtung der Banken beim Wertpapierdepot aus, ohne jedoch irgendwie die besondere Problematik der Freizeichnungsklauseln zu berühren, z. B. Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, S. 415; Villar y Romero, aaO, S. 42; Langle y Rubio, aaO, S. 435; Vicente y Gella, aaO, S. 97; Mantero in Beltrán, Diccionario, "Clausula de Depósito", S. 284 und "Depositante", S. 500.
 - 2) Garrigues, aaO, S. 437.
 - 3) Garrigues, aaO.
 - 4) Garrigues, aaO.
 - 5) Garrigues, aaO; ebenso auch Gay de Montellá, aaO, Bd. III, Vol. I, S. 122.
 - 6) Z. B. Banca March (Aufdruck auf dem Resguardo de Depósito): "Die Banca March wird dafür Sorge tragen, die Listen der Auslosungen bei Tilgungen zu überprüfen und die Ansprüche durchzusetzen, die entstanden sind; aber sie übernimmt keine Haftung für Fehler, die passieren können"; Banco de Madrid (Aufdruck auf dem Resguardo de Depósito): "Die Bank übernimmt das Kassieren der Kupons und der Tilgungen ebenso wie das Benachrichtigen bei einem Umtausch und bei Kapitalerhöhungen, die die Wertpapiere betreffen können, die sie in ihren Safes für Rechnung ihrer Kunden verwahrt, ohne Haftung im Falle eines Irrtums oder einer Unterlassung"; Banco Comercial Transatlántico: "Die Bank wird dafür Sorge tragen, für Rechnung des Deponenten die Dividen-

betrachten die Verwaltung als eine Tätigkeit, die sie aus reiner Höflichkeit durchführen, die sie zu nichts verpflichtet. Sie sehen in ihr keine "juristische Gewohnheit", da ihr die *opinio iuris vel necessitatis* fehlt.¹⁾ Dessen ungeachtet, und obwohl darin ein gewisser Widerspruch impliziert ist, lehnen sie gleichzeitig jede Haftung für eine dennoch durchgeführte fehlerhafte oder unterlassene Verwaltungshandlung ab.

Wie jedoch bereits oben dargelegt ist, kann die den Banken in Art. 310 C. de c. eingeräumte Regelungsbefugnis des Depotgeschäftes nur im Lichte des Art. 308 C. de c. gesehen werden, d. h., daß bei jeder Regelung des Depotvertrages durch eine Bank diese immer von dem unabdingbaren Rahmen des Art. 308 C. de c. ausgehen muß.²⁾ Innerhalb der unentschuldbaren Erfüllung dieser Verpflichtungen kann die Bank zweifellos Befreiungsklauseln schaffen, wenn diese Klauseln nicht von einer Haftung befreien sollen, von der es keine Freizeichnung gibt, d. h. für culpa grave und für dolus.³⁾ Die Befreiung betrifft nur die Haftung, die auf Grund einer Verletzung der "normalen Sorgfalt" entstanden ist.⁴⁾ Was unter "normaler Sorgfalt" zu verstehen ist, wenn es sich um eine Bank handelt, die sich professionell der Verwahrung von Wertpapieren widmet, ist eine Frage, deren Klärung in letzter Instanz den Gerichten obliegt, die sich bei der Frage der Haftung der Bank die in Art. 1104 C. c. enthaltene Formel vor Augen führen müssen, nach der hierbei das Wesen der Verpflichtung, die Umstände der Personen, der Zeit und des Ortes berücksichtigt werden müssen.⁵⁾

Fortsetzung der Fußnote 6) zu Seite 94:

den oder Kupons der Wertpapiere, die sie im Depot hat, bei ihren jeweiligen Fälligkeitsdaten einzuziehen. Ebenso wird sie dafür sorgen, die Listen der Auslosungen der Tilgungen zu überprüfen, und die getilgten Wertpapiere zur Auszahlung vorzulegen, aber ohne Übernahme für irgendeine Haftung für die Unterlassungen, die vorkommen können."

1) Garrigues, aaO, S. 438, 439.

2) Oben S. 13 ff.

3) Garrigues, aaO, S. 440; vgl. hierzu auch Garcia Amigo, *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*.

4) Garrigues, aaO.

5) Garrigues, aaO.

2.) Die Verpflichtungen des Deponenten

a.) Die Bezahlung der Depotgebühren

Die Entgeltlichkeit des offenen Depotvertrages als handelsrechtlicher Vertrag ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Vermutung des Art. 304 C. de c., wonach der Verwahrer immer dann, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist, eine Entlohnung fordern darf. Eine Vereinbarung über die Entgeltlichkeit ist daher grundsätzlich bei der handelsrechtlichen Verwahrung nicht notwendig.¹⁾

Gemäß Art. 35 des Reglamento del Banco de España richten sich die Gebühren für den Depotvertrag nach dem jeweils vom Aufsichtsrat der Bank festgelegten gültigen Tarif. Wird der Tarif geändert, so kann der Deponent im Laufe des der Änderung folgenden Monats kündigen. Andernfalls muß er die veränderten Gebühren bezahlen.

Die Minimalgebühren für die Depots in den Bancas Privadas und in der Banco Exterior de España²⁾ sind in der Orden del Ministerio de Hacienda vom 29. Febr. 1972 (Sección 2.ª, Epígrafe 8 und 10) festgelegt.³⁾ Wenn diese Banken hiervon abweichen wollen, haben sie es der Banco de España mitzuteilen (Sección 2.ª, Normas Generales). Diese Regelung gilt insgesamt nicht für Auslandsgeschäfte.

b.) Das Zurückbehaltungsrecht der Bank

Bei der zivilrechtlichen Verwahrung hat der Verwahrer gemäß Art. 1780 C. c. ein Zurückbehaltungsrecht.⁴⁾ Es ist allerdings insoweit beschränkt, als es nur ausgeübt werden kann, solange die vollständige Bezahlung dessen, was auf Grund des Depotvertrages geschuldet wird, noch nicht erfolgt ist.⁵⁾

Die Banken haben dieses Zurückbehaltungsrecht soweit ausgedehnt, daß alle irgend-

1) Vicente y Gella, aaO, S. 126; Gay de Montellá, aaO, S. 83; Langle y Rubio, aaO, S. 356.

2) Zu den Definitionen unten S. 104 ff.

3) Isorna Artime, La Banca comercial y las coeficientes legales, S. 143 ff.

4) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, S. 415, 416 zu der Frage, ob Art. 1780 auf das allgemeine handelsrechtliche Depot anwendbar ist.

5) Espín, aaO, Bd. III, S. 604. Zum Zurückbehaltungsrecht vgl. auch Viñas, Más sobre el derecho de retención, Revista de Derecho Privado, 1923, S. 1 ff.

wie in ihre Gewalt gelangten Wertpapiere oder andere Wertpapiere für sämtliche möglichen Forderungen der Bank zurückbehalten werden können.¹⁾ Das in Art. 1780 C. c. aufgestellte Erfordernis der Konnexität wird also hier fallengelassen. Außerdem lassen sich die Banken noch im Voraus von dem Hinterleger das Recht einräumen, die zurückbehaltenen Gegenstände im Falle der Nichtzahlung zu verkaufen.

Das Absehen von dem Erfordernis der Konnexität muß als zulässig betrachtet werden. Die handelsrechtlichen Gebräuche erlauben als Mittel der Gerechtigkeit und Sicherheit bei den Handelsgeschäften eine Milderung dieser Voraussetzung und gestatten die Zurückbehaltung, bis die Gerichte eine Verurteilung des Schuldners ausgesprochen haben.²⁾

Fraglich ist jedoch, ob die Bank sich schon bei Vertragsabschluß zusichern lassen kann, daß der Deponent ausdrücklich mit einer Veräußerung der Wertpapiere einverstanden ist, wenn er der Bank etwas schuldet. Normalerweise darf ein Pfandgut gemäß Art. 1872 C. c. nur von einem Notar in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, wozu der Schuldner und der Gläubiger zu laden sind.³⁾ Für den Fall, daß sich wie beim Depotvertrag die zu verkaufenden Gegenstände aus Wertpapieren zusammensetzen, bestimmt der letzte Satz von Art. 1872 C. c., daß sich ihr Verkauf nach den Vorschriften des Código de Comercio richtet. Dies kann aber nicht bedeuten, daß die Bank die Papiere nach Belieben verkaufen kann, sondern nur, daß sie nicht versteigert, sondern an der Börse verkauft wer-

1) Z. B. Nr. 26 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico: "Jede Art von Gegenständen, insbesondere Wertpapiere, Effekten, Wechsel, Schecks, Transportdokumente, Versicherungen, ausländisches Geld, Kupons, Dividenden, Waren, Ansprüche gegen Dritte usw., die der Bank während ihrer Beziehungen mit ihren Auftraggebern übersandt wurden oder sich aus irgendeinem tatsächlichen oder rechtlichen Grund in der direkten oder indirekten Gewalt der Bank oder einer ihrer Filialen, Agenturen oder Zweigstellen befinden, sowie die Gläubigersalden irgendeines Kontos von nationalem oder ausländischem Geld oder irgendeine Summe, die aus irgendeinem Grund sich in der Gewalt der Bank befindet, werden auch dann, wenn sie aus juristisch unterschiedlichen Tätigkeiten stammen, als Sicherheit der mit dem Kunden vorgenommenen Tätigkeiten betrachtet. Dieser Sicherheit wird dabei für alle gesetzliche Wirkungen der Charakter eines Pfandrechtes zuerkannt ..., wobei die Bank das Pfand zurückbehalten oder verkaufen kann, und der Kunde sie schon jetzt ausdrücklich dazu ermächtigt."

2) Gay de Montellá, aaO, S. 84.

3) Espín, aaO, Bd. II, S. 409; Tr. S. vom 3. März 1932; 5. Okt. 1926.

den.¹⁾ Die Banken übersehen aber bei einer derartigen Klausel, daß gemäß dem Decret vom 19. Sept. 1936 und den nachfolgenden Gesetzen für jede Übertragung von Wertpapieren die Mitwirkung eines Fedatarios notwendig ist. Nur wenn diese Mitwirkung in der richtigen Form stattgefunden hat, kann die Bank entsprechend den Art. 320 ff C. de c. die Wertpapiere selber an der Börse verkaufen lassen.²⁾ Wenn also - wie dies immer der Fall sein wird - kein Fedatario beim Abschluß des Depotvertrages mitgewirkt hat, kann die Bank die Wertpapiere nicht in Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes verkaufen.

Nach Sánchez Calero wird dem Deponenten dann, wenn die Bank das Zurückbehaltungsrecht ausüben will oder schon ausgeübt hat, die Möglichkeit einzuräumen sein, eine gerichtliche Hinterlegung der geforderten Summe oder eine Stellung einer geeigneten Kautio vorzunehmen, wenn er die deponierte Sache zurückerlangen will.³⁾

VI.) Das Erlöschen des Depotvertrages

Normalerweise erlischt der Depotvertrag als Realvertrag mit der Rückgabe der deponierten Wertpapiere.⁴⁾ Sie erfolgt, wenn der Hinterleger sie zurückfordert, wobei die Bank nach h. M. in Rechtsprechung und Literatur auch dann, wenn eine Frist vereinbart ist, zur sofortigen Rückgabe verpflichtet ist.⁵⁾

Die Bank hat als Verwahrer die Möglichkeit, die Weiterführung des Vertrages abzulehnen und ihn zum Erlöschen zu bringen. Dieses in Art. 1776 C. c. normierte Recht verlangt von ihm zu seiner Geltendmachung ausreichende Gründe. Von diesem Erfordernis der Begründung haben die Banken jedoch in ihren Depotregelungen abgesehen.⁶⁾

Mit dem Tode des Hinterlegers erlischt der Depotvertrag, wobei die Bank die Wertpapiere noch solange verwahren und verwalten muß, bis die Rückgabe an den

1) Vgl. hierzu das Kapitel über die Verpfändung der Wertpapiere.

2) Suarez de Figueroa, Algo sobre el depósito de valores en los bancos, Revista General de Derecho, 1950, S. 154.

3) Sánchez Calero, aaO, S. 122.

4) Gay de Montellá, aaO, S. 81; Gonzalez de Echavárri y Vivanco, aaO, S. 412; Vicente y Gella, aaO, S. 95; Puig Bruteau, aaO, S. 445.

5) Vgl. oben S. 64.

6) Z. B. Nr. 8 der Condiciones Generales del Banco Comercial Transatlántico.

oder die Erben erfolgt ist.¹⁾

Außerdem erlischt der Depotvertrag, wenn sich der Verwahrer mit oder ohne Erlaubnis der hinterlegten Wertpapiere bedient, Art. 1767, 1768 C. c. und Art. 309 C. de c. Es liegt eine gesetzliche Novation des Vertrages vor, und der neue Vertrag ist entweder ein Darlehens- oder ein Leihvertrag oder derjenige Vertrag, den die Parteien anstatt des Depotvertrages abgeschlossen hätten.²⁾

1) Vgl. oben S. 82.

2) Vgl. oben S. 56 ff.

G.) DAS PFANDRECHT AN DEPONIERTEN WERTPAPIEREN

I.) Die Verpfändung von Wertpapieren gemäß
Art. 320 ff C. de c.

Die Verpfändung von Wertpapieren ist eine der Formen der Sicherheitsgewährung, die im Handelsleben am häufigsten ist, zweifellos deshalb, weil sie am geeignetsten ist, die schnelle Verwirklichung des Gläubigerrechtes zu ermöglichen.¹⁾ Der Código de Comercio regelt das Darlehen mit Sicherheitsleistung durch öffentliche Effekten oder Wertpapiere in den Art. 320 bis 324,²⁾ aber die Lehre und die Rechtsprechung haben diese Regeln für den Fall erweitert, daß Sicherheit mit irgendwelchen börsenfähigen Wertpapieren geleistet wird, insbesondere mit solchen, die von privaten Gesellschaften emittiert worden sind.³⁾

Das Pfandrecht als sachenrechtliches Sicherungsrecht beinhaltet die Auslösung der gepfändeten Sache durch Zahlung der zugrunde liegenden Schuld.⁴⁾ Diese Abhängigkeit, die potentiell während der gesamten Dauer der gesicherten Forderung bestehen bleibt, verwandelt sich im Falle der Nichterfüllung in eine Verwertungsmöglichkeit des Gläubigers.⁵⁾

Die besonderen Wirkungen dieses handelsrechtlichen Sicherungsrechtes kommen nur dann zustande, wenn der Vertrag unter Mitwirkung eines Agente colegiado (Fedatario) abgeschlossen wurde, der dessen Inhalt in einer Póliza festgehalten hat.⁶⁾ Handelt es sich um Inhaberpapiere, so muß in der Póliza die genaue Nummerierung der verpfändeten Wertpapiere enthalten sein; sind andere (übertragbare) Wertpapiere Vertragsgegenstand, so ist neben ihrer genauen Identifizierung in der Póliza noch die Übertragung der Papiere an den Darlehensgeber erforderlich, wobei aber hier in der Póliza ausdrücklich vermerkt werden muß, daß die erfolgte Übertragung keinen Übergang des Eigentums bewirkt hat (Art. 320, 321

1) Tulla Lobo in Beltrán, Diccionario, "Prenda", S.1005.

2) In der Umgangssprache wird übrigens auch diese Art von Verpfändung als "depósito" bezeichnet: "dejar una cosa en concepto de depósito".

3) Broseta Pont, Estudios del Derecho Bursátil, S.146; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S.586, 587; Rundschreiben der Fiscalía des Tr. S. vom 20. Jan. 1926; Tr. S. vom 8. Mai 1957.

4) Broseta Pont, aaO, S.147.

5) Broseta Pont, aaO; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S.586.

6) Hierzu Tr. S. vom 30. Mai 1895.

C. de c.). Bei Inhaberpapieren ist also keine Übertragung erforderlich, und ihre Numerierung kann gemäß Art. 322 C. de c. dadurch ersetzt werden, daß sie bei einer Einrichtung deponiert werden, die das Reglamento de Bolsas jeweils bestimmt.

Wenn das Pfandrecht richtig errichtet ist, hat es folgende Wirkungen:

- a) Der Gläubiger hat das Recht, bei Nichterfüllung seinen Anspruch an den gepfändeten Wertpapieren mit Vorzug vor den übrigen Gläubigern durchzusetzen. Diese dürfen ihre Ansprüche erst nach seiner Befriedigung geltend machen.¹⁾
- b) Ist die Fälligkeit seines Anspruches eingetreten, und ist der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht nachgekommen, so kann der Gläubiger am folgenden Tag die Veräußerung an der Börse verlangen, ohne sich nochmals an den Schuldner wenden zu müssen. Dazu muß er sie zusammen mit der Póliza der Junta Sindical²⁾ vorlegen, die sie, wenn sie die Numerierung für richtig befindet, mittels eines Börsenmaklers am selben oder am folgenden Tag veräußern wird (Art. 324 C. de c.).
- c) Die gepfändeten Wertpapiere sind solange einer Rückforderung nicht unterworfen, als der Gläubiger nicht befriedigt worden ist. Dies gilt unbeschadet der Rechte des wahren Eigentümers, dem der Besitz entzogen worden ist, gegenüber den Personen, die dafür verantwortlich sind (Art. 324 C. de c.).³⁾

II.) Die Verpfändung von Wertpapieren, die sich im Depot einer Bank befinden

Die Verpfändung von Wertpapieren, die sich im Depot einer Bank befinden, ist ausdrücklich gesetzlich nicht geregelt. Die Durchführung dieser Operation ergibt sich aber aus dem Decret vom 19. Sept. 1936 und den nachfolgenden Gesetzen iVm Art. 320 ff C. de c.⁴⁾ Das genannte Decret kommt deshalb zur Anwendung, weil auch hier Wertpapiere übertragen werden: die Bank bekommt die

1) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 587.

2) Broseta Pont, aaO, S. 147; zum Begriff der Junta Sindical Art. 92 ff C. de c.

3) Broseta Pont, aaO, S. 146, 147.

4) Vgl. oben S. 35 ff.

Möglichkeit, diese gegebenenfalls zu veräußern, was eine bedingte Übertragung darstellt.¹⁾

Bei dieser Verpfändung muß der *Agente colegiado* unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieses *Decretes* die Berechtigung des Inhabers der Wertpapiere genauestens überprüfen.²⁾ Neben den durch Art. 320 ff. C. de c. erforderlichen Eintragungen auf der *Póliza* der Wertpapiere muß der Inhaber der Papiere weiterhin ein *Indossament* zu Gunsten der Bank auf dem *Resguardo de Depósito* eintragen. Dieses *Indossament* erscheint angesichts der sich auf der *Póliza* befindlichen Erlaubnis, die Wertpapiere zu veräußern, entbehrlich, ja sogar überflüssig. Sein Zweck ist aber der, der Bank zu erlauben, das Depot aufzulösen und die Wertpapiere zu verkaufen (natürlich unter Vorlage der *Póliza*); daher ist das *Indossament* im Grunde nichts anderes als eine Erlaubnis der Bank, das Depot aufzulösen.³⁾

Verpfändet die Bank als Verwahrer deponierte Wertpapiere ohne die Einwilligung des Hinterlegers an einen Dritten, so begeht sie (bzw. der dafür Verantwortliche) Unterschlagung (*estafa*, Art. 523 C. penal).⁴⁾ Zivilrechtlich ist diese Handlung jedoch nichtig, wenn sie nicht unter Mitwirkung eines *Agente colegiado* geschehen ist.⁵⁾ Die Erklärung der Nichtigkeit kann im Strafprozeß erfolgen, wobei der Geschädigte beantragen muß, daß der Richter die Herausgabe von dem augenblicklichen Besitzer an ihn anordnet.⁶⁾ Hat jedoch ein *Agente colegiado* mitgewirkt, so hat der Pfandgläubiger eine geschützte Rechtsposition erlangt.⁷⁾ Er muß allerdings die Papiere wieder herausgeben, wenn ihr Inhaber ihm die dem Pfandrecht zugrunde liegende Schuld bezahlt.⁸⁾

Es ergibt sich daher, daß der Hinterleger gegen die unerlaubte Verpfändung seiner deponierten Wertpapiere durch die Bank weitgehend geschützt ist. Neben der Strafandrohung auf der einen Seite erschweren die besonderen Voraussetzungen für eine Verpfändung der Wertpapiere (Mitwirkung eines *Agente colegiado* und Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Besitzes des Verpfändenden) diese erheblich. Gestattet der

1) Suarez de Figueroa, aaO, S. 154.

2) Suarez de Figueroa, aaO.

3) Suarez de Figueroa, aaO.

4) Hierzu Tr. S. vom 17. Mai 1878; 23. Juni 1884.

5) Die Nichtigkeit dieser Operation wurde bereits vor Erlass des *Decretes* vom 19. Sept. 1936 in den Entscheidungen des Tr. S. vom 25. Sept. 1883; 4. Jan. 1892; 14. Mai 1903; 8. Mai 1920 festgestellt.

6) Gay de Montellá, aaO, S. 91.

7) Tr. S. vom 13. Dez. 1915; 20. Mai 1920; Rundschreiben der *Fiscalía* des Tr. S. vom 4. Mai 1921.

8) Gonzalez de Echávarri y Vivanco, aaO, Bd. III, S. 418.

Hinterleger aber der Bank, sich seiner Papiere zu einer Verpfändung zu Zwecken der Bank zu bedienen, so erlischt gem. Art. 309 C. de c. der Depotvertrag, und es entsteht der Vertrag, den die Parteien bei Kenntnis des Erlöschens geschlossen hätten.¹⁾

1) Vgl. oben S. 56 f.

H.) DIE KONTROLLFUNKTIONEN DER BANCO DE ESPAÑA

Der Banco de España kommt, wie bereits erwähnt, eine wichtige Rolle zu, nämlich die, die Bancas Privadas zu kontrollieren. Unter dem Begriff Banca Privada werden die Handels- und Industriebanken (Bancos Comerciales und Bancos Industriales) verstanden, wobei Handelsbanken (auch Depotbanken genannt), diejenigen sind, die Gelddepots von ihren Kunden empfangen und kurzfristige Kredite geben, die hauptsächlich zur Finanzierung von handelsrechtlichen Tätigkeiten gedacht sind, und Industriebanken diejenigen Banken sind, deren Geschäft darin besteht, mittel- und langfristige Kredite zu geben, die hauptsächlich zur Schaffung von neuen Unternehmungen und zur Investition von festliegendem Kapital gedacht sind.¹⁾ Die Entidades Oficiales de Crédito,²⁾ die offiziellen Banken, die durch die Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca vom 14. April 1962 (Base 4. a) nationalisiert worden sind, stehen unter der Überwachung des Instituto de Crédito Oficial.³⁾

In der Base 2. a der Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca vom 14. April 1962 wird bestimmt, daß die Banco de España die Kontrolle der Banca Privada im Einklang mit den Bestimmungen durchzuführen hat, die das Ministerio de Hacienda erläßt. Hierzu gehört einmal die Orden vom 29. Nov. 1958, in der das oberste Kontrollkomitee genannt wird, und weiterhin die Orden vom 1. Dez. 1958, die in Art. 1 A klarstellt, daß sowohl eine allgemeine Inspektion wie auch eine Überprüfung einzelner konkreter Tatsachen vorgenommen werden kann, und daß sich die Überprüfung auch auf die besonderen Normen erstreckt, nach denen die Bank tätig wird. Diese Kontrolle umfaßt auch das Recht, diese Bestimmungen aufzuheben oder abzulehnen. Die Bank muß den Kontrolleuren alle notwendigen Unterlagen überlassen (Art. 1 B). Entsprechend der Nr. 3 der Orden Ministerial vom 22. April 1958 wird diese Kontrolle von handelsrechtlichen Professoren (profesores

1) Garrigues, Curso, Bd. I, S. 77.

2) Die "Entidades Oficiales de Crédito" sind: Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito Agrícola, Banco de Crédito Local de España, Banco Hipotecario de España, Banco de Crédito a la Construcción. Der Crédito Social Pesquero handelt als Zweigstelle der Banco de Crédito Industrial. Die Banco Exterior de España, die nicht verstaatlicht ist, obwohl die öffentliche Hand die Kapitalmehrheit besitzt, ist keine Entidad Oficial de Crédito, aber es ist die Bank, die beauftragt ist, den öffentlichen Kredit für den Export zu bearbeiten. Hierzu Kap. II des Título Segundo der Ley sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial vom 19. Juni 1971, insbes. Art. 38 - 42 für die Banco Exterior de España.

3) Kap. I des Título Segundo des in Fußnote 2 zitierten Gesetzes.

mercantiles) durchgeführt, die im Dienste des Ministerio de Hacienda stehen und dazu abgeordnet sind, oder, falls erforderlich, von den Präsidenten der Juntas Provinciales de Banca und dem Cuerpo Técnico de Inspección de Seguros y Ahorro der Juntas de Seguros y Capitalización (Art. 2).

J.) DER KONKURS DER DEPOTBANK

Die Gefahr, bei einem Konkurs der Depotbank die dort deponierten Wertpapiere zu verlieren, ist für den Inhaber sehr gering. Zunächst einmal ist als Grundsatz festzuhalten, daß diese Papiere durch die Errichtung des Depots wegen des Verbots der Sammelverwahrung nicht in das Eigentum der Bank übergegangen sind und somit nicht zur Konkursmasse gehören.¹⁾ Der Hinterleger hat die Póliza und den Resguardo de Depósito in seinem Besitz, auf denen die Bestätigung seines Eigentums und die genauen Angaben der Papiere enthalten sind, die bei einem Konkurs ihre Identifizierung einfach machen, und die gleichzeitig den Beweis seiner Berechtigung liefern. Weiterhin müssen sich diese Angaben auch noch in den Unterlagen der Bank befinden, so daß auch von dieser Seite z. B. durch den Konkursverwalter der wahre Eigentümer schnell ermittelt werden kann.

Außerdem besteht ein besonderer konkursrechtlicher Anspruch des Inhabers der Papiere und Hinterlegers auf Grund von Art. 908 iVm 909 Nr. 3 C. de c. Art. 908 C. de c. lautet:

"Die Waren, Effekten oder jede andere Art von Gütern, die in der Konkursmasse vorhanden sind, und deren Eigentum nicht auf den Gemeinschuldner mit gesetzlich unwiderruflichem Anspruch übergegangen ist, werden als fremd betrachtet und ihrem rechtmäßigen Eigentümer zur Verfügung gestellt, nachdem dessen Recht in der Versammlung der Gläubiger oder durch rechtskräftigen Urteilspruch anerkannt worden ist ..."

Art. 909 C. de c. lautet:

"Folgendes ist als zu der Vorschrift des vorhergehenden Artikels hinsichtlich der in ihm beschriebenen Rechtsvorschriften zugehörig zu betrachten:

.....

Nr. 3:

Die Güter und Effekten, die der Gemeinschuldner in Verwahrung, Verwaltung, Pacht, Miete oder Nießbrauch hat."

Damit sind die Eigentümerrechte bereits vollkommen gesichert.²⁾ Sie müssen lediglich richtig geltend gemacht werden, unterliegen dabei aber nicht den eigent-

1) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 660; vgl. hierzu auch Dato, Consulta sobre el depósito mercantil en caso de quiebra, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1921, S. 275.

2) Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO; Gay de Montellá, aaO, S. 81 und 89.

lichen Konkurformalitäten, sondern geben einen Aussonderungsanspruch.¹⁾

Die Meinungen der Lehre verstärken diese Sicherung noch: wenn es sich wie hier um einen Aussonderungsanspruch handelt, so sei es nicht notwendig, den rigorosen Beweis der Identität der herausgeforderten Güter anzutreten. Wenn man von der Tatsache ausgehe, daß die Depotgesellschaften nie das Eigentum der hinterlegten Wertpapiere erwerben können, sondern daß dieses immer bei den Deponenten verbleibe, so müsse man zu dem Schluß kommen, daß sie in ihrer Gesamtheit von der Konkursmasse abgetrennt und ihren Eigentümern zur Verfügung gestellt werden müssen.²⁾ Dieses Ergebnis verstärke sich noch durch Überlegungen der "equidad", weil es ja sicher ist, daß die Bank in keinem Augenblick das Eigentum erworben hat oder haben konnte.³⁾ Deshalb kann auch die Herausgabe der Wertpapiere von Konkursgläubigern oder Konkursverwalter nicht verweigert werden; sie würden widrigenfalls ungerechtfertigt bereichert sein. Ihre Rechte können sich nicht auf Güter erstrecken, die ohne Frage nicht dem Gemeinschuldner gehören und ihm auch nicht gehört haben.⁴⁾

Dieselben Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn die Depotbank, die Konkurs gemacht hat, die Wertpapiere als Drittverwahrer verwahrt hat. Auch beim "dépôt à rubriques" sind die Eigentumsverhältnisse zumindest in dem Sinne eindeutig, daß die Depotbank nie Eigentümerin war.

Wenn die deponierten Wertpapiere aus irgendeinem Grunde nicht mehr vorhanden sind, so kann der Deponent u. U. auf die Konkursquote verwiesen werden.⁵⁾ Der Aussonderungsanspruch basiert ausschließlich auf der Identität der herausverlangten Wertpapiere, und wenn diese nicht mehr existieren, so können sie auch nicht identifiziert und ausgesondert werden.⁶⁾

1) Gay de Montellá, aaO, S. 89.

2) Gay de Montellá, aaO, S. 81; Avilés Cucurella y Pou de Avilés, aaO, S. 660, 661; Uría (en colaboración con J. Garrigues), Dictamen sobre la quiebra de Barcelona, Light & Power C. Ltd, 1953, S. 17.

3) Broseta Pont, aaO, S. 162.

4) Tr. S. vom 28. Nov. 1896; 29. Nov. 1921.

5) Für diesen Fall Art. 15 und 22 der Ley de Suspensión de Pagos vom 26. Juni 1922; Tr. S. vom 28. Nov. 1936; 13. März 1944.

6) Tr. S. vom 5. Okt. 1892; 18. Mai 1917; Gay de Montellá, aaO, S. 90.

K.) DAS FUNKTIONIEREN DES SPANISCHEN WERTPAPIERDEPOTRECHTES IN DER PRAXIS

Das hier aufgezeichnete System des spanischen Wertpapierdepotrechtes, das nur bruchstückhaft gesetzlich geregelt ist und zudem wegen Art. 310 C. de c. von Bank zu Bank Unterschiede aufweisen kann, erweist sich im täglichen Leben als höchst kompliziert, kostspielig und unpraktisch. Während das Eigentum des Hinterlegers einen guten Schutz genießt, ist die Wahrnehmung seiner Eigentümerrechte dann nicht in gleicher Weise gesichert, wenn die Depotbank fehlerhaft verwaltet. Sie wird sich zunächst auf ihren Haftungsausschluß in den AGB berufen; die Folge davon wird sein, daß der Hinterleger darauf verzichtet, seinen möglicherweise bestehenden Schadenersatzanspruch gerichtlich geltend zu machen. Außerdem ist von dem Tribunal Supremo noch nicht entschieden, ob diese Haftungsausschlüsse zulässig sind oder nicht, und bisher ist jedenfalls keine Bank wegen schuldhafter Nichterfüllungen von Verwaltungspflichten zur Leistung von Schadenersatz verurteilt worden.

Die Hauptschwierigkeiten für die Depotbanken liegen darin, daß jede Bank die Wertpapiere ihrer Kunden selbst verwahrt, und daß diese Papiere noch bei Kauf oder Verkauf, bei Tilgung, beim Einziehen von Zinsen und Dividenden (Abschneiden der Kupons mit Scheren), bei der Ausübung des Bezugsrechtes usw. physisch bewegt werden müssen. Wenn man bedenkt, daß eine große Aktiengesellschaft z. B. 30 Millionen einzelner Aktien hat,¹⁾ daß zweimal im Jahr die Kupons von all diesen Aktien abgeschnitten werden müssen, um eingeschickt zu werden, daß einmal im Jahr eine Kapitalerhöhung stattfindet, und vielleicht noch ein oder zwei Hauptversammlungen abgehalten werden, so kann, wenn man für jeden einzelnen Vorgang nur einen einzigen Arbeitsgang rechnet, bei nur einer einzigen Gesellschaft die Summe der Arbeitsgänge gut 200 Millionen im Jahr betragen.²⁾ Aber es gibt nicht nur eine, sondern viele große Gesellschaften, so daß die für die Banken anfallenden Arbeiten beträchtlich sind.

Auch stehen alle diese Arbeitsvorgänge nicht immer mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang. So bestimmt z. B. Art. 2 des Dekrets vom 19. Sept. 1936,

-
- 1) Diese hohen Aktienzahlen rühren daher, daß seit ihrer Emission der Wert der Peseta stark gefallen ist. So gibt es heute immer noch Aktien mit einem Nominalwert von z. B. 50 Pts (ca. 2,50).
 - 2) Broseta Pont, Estudios de Derecho Bursátil, S. 33 hat auf Grund der jüngsten Statistiken festgestellt, daß jedes Jahr mehr als 100 Millionen von Aktien bearbeitet werden müssen, und daß sich außerdem gemäß diesen Statistiken diese Zahl jährlich um 200 000 Wertpapiere erhöht, die neu geschaffen und auf dem Markt eingeführt werden.

daß beim Einlösen der Kupons der rechtmäßige Erwerb der Wertpapiere zu beweisen ist. Dies muß und kann grundsätzlich nur durch das Vorweisen der Póliza geschehen, die, weil sie sich gewöhnlich beim Deponenten befindet, zu diesem Zweck der Bank überlassen werden müßte.¹⁾ In Wirklichkeit schicken die Depotgesellschaften jedoch lediglich die Kupons ein, und die Gesellschaft überweist die notwendigen Beträge. Zwar soll es häufig vorkommen, daß mehr Kupons eingeschickt werden, als es überhaupt Aktien gibt, die Gesellschaften zahlten bisher jedoch auch dann, da eine Kontrolle der Anzahl der bei den einzelnen Banken verwahrten Wertpapiere fast unmöglich ist und jedenfalls teurer als das Bezahlen der überzähligen Kupons.²⁾

Während das Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 in Art. 63 anordnet, daß Namenspapiere, die bar gekauft werden, dem Käufer innerhalb von 15 Tagen ausgehändigt werden müssen, Inhaberpapiere sogar innerhalb von 7 Tagen, und Art. 76 I C. de c. bestimmt, daß dann, wenn es sich um ein Bargeschäft handelt, die Ausübung des Vertrages noch am selben oder spätestens am folgenden Börsentag stattzufinden habe, geschieht es auf dem Wertpapiermarkt immer wieder, daß sich die Auslieferung der Wertpapiere stark verzögert; Broseta Pont spricht sogar von Zeiträumen bis zu einem Jahr.³⁾ Dies passiert nicht deshalb, weil jemand böswillig oder nachlässig die Wertpapiere zurückhielte, sondern nur, weil es auf Grund der Herrschaft des Systems der individuellen Handhabung unmöglich war, mit größerer Schnelligkeit zu handeln.⁴⁾ Zwischen dem Deponenten, der

- 1) Gemäß den Entscheidungen des Tr. S. vom 24. April 1893; 24. Dez. 1906; 2. Juli 1915; 16. Jan. 1929 genügen die sich bei der Bank befindlichen Unterlagen, aus denen der Abschluß eines Depotvertrages hervorgeht, dazu nicht.
- 2) Broseta Pont, aaO, S. 36.
- 3) Broseta Pont, aaO, S. 33.
- 4) Broseta Pont, aaO, S. 34; zu der Frage, ob durch die Nichteinhaltung der Fristen nicht die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung eintritt oder sogar die Nichtigkeit des Vertrages angenommen werden muß, Fernandez-Nova, Algunas consideraciones en torno al incumplimiento de las operaciones bursátiles, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 299 ff und ebenso Duque Dominquez, El contrato al contado, S. 195 ff; Verdura y Tuells, Aspectos típicos del contrato bursátil en el nuevo Reglamento de Bolsas de Comercio español, Coloquio de Derecho Bursátil, S. 164 ff, stellt fest, daß sich hieran auch nach dem Erlaß des neuen Reglamento de Bolsas, das einen Anspruch gegen den nicht fristgerecht liefernden Börsenagenten gibt (Art. 165 ff Reglamento de Bolsas vom 30. Juni 1967 iVm Art. 77 und 329 C. de c. oder Art. 1506 und 1124 C. c.), nichts geändert hat.

die Wertpapiere verkauft, seiner örtlichen Bankfiliale, die sie ins Depot nahm, der Bankzentrale, die sie tatsächlich verwahrt und verwaltet, dem Börsenmakler, der die Order ausführt, und schließlich dem Käufer mit seinen eigenen Anweisungen über die Deponierung durchläuft die Kette der Suchaktionen, der Auswahl, der Aussortierung der Wertpapiere von dem Berg der anderen Papiere, unter denen sie sich befinden, und ihrer physisch herumirrenden Sendung von einem Ort zum anderen einen so langen Zeitabschnitt, der dem praktizierten System notwendigerweise innewohnen muß, daß die gebotenen Fristen nicht eingehalten werden können. Broseta Pont zeichnet dazu von dieser Situation folgendes Bild: "Wenn es nicht so tragisch wäre, würde man es für komisch halten, wenn man an die Figur des Börsenagenten denkt, der Tausende von Wertpapieren in Koffern in seinem Auto befördert, oder an die Loren der Banken und Kreditinstitute, die Millionen von Wertpapieren transportieren, über die gesamte nationale Geographie hinweg, von der Zentrale zu den Filialen und umgekehrt." 1)

1) Broseta Pont, aaO, S. 34.

L.) REFORMVORSCHLÄGE FÜR DAS SPANISCHE WERTPAPIERDEPOT

Konkrete Vorschläge zu einer Neugestaltung des gesamten spanischen Depotrechtes wurden insbesondere von Broseta Pont und Maldonado gemacht.¹⁾ Maldonado hat dabei eine zentrale Depotgesellschaft vor Augen, bei der sich nach und nach die Wertpapiere sammeln und dann dort verbleiben sollen. Er hat für diese Gesellschaft den Namen SIDECO (Sociedad interprofesional de Depósito y Compensación) gefunden.

Der Vorschlag von Broseta Pont ist viel detaillierter und hat auch durch mehrere Veröffentlichungen Beachtung gefunden.²⁾ Das von ihm beschriebene System ist am französischen SICOVAM und an den deutschen Kassenvereinen orientiert. Auch hier sollen alle Wertpapiere an einer zentralen Stelle gesammelt werden, und dem Deponenten werden auf Wunsch nicht die körperlich gleichen, sondern andere Wertpapiere derselben Art und Qualität zurückgegeben. Dies hält er für möglich, indem er die Wertpapiere als vertretbare Sachen ansieht.³⁾ Auch hier soll ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag zustande kommen, dessen Hauptzweck weiterhin die Bewachung und Verwahrung und dazu die Verwaltung der Wertpapiere ist. Das Eigentum der Wertpapiere soll somit bei dem Deponenten verbleiben, und als Folge davon soll die Depotgesellschaft keine Verfügungsmacht über die Wertpapiere erlangen.

Diesem kollektiven Depot wird ein Kontokorrentvertrag beigeordnet, auf Grund dessen die Depotgesellschaft sich verpflichtet, namens und auf Rechnung des Deponenten Anweisungen auszuführen, die dieser hinsichtlich der Übertragung der Wertpapiere auf ein anderes Konto oder hinsichtlich der Gutschrift von bestimmten Wertpapieren auf sein Konto gegeben hat. Weiterhin soll die Depotgesellschaft verpflichtet sein, alle buchführungstechnischen Vorgänge durchzuführen, so daß der Saldo immer genau den Stand des Depots wiedergibt. Einen Verstoß gegen die Ley vom 23. Febr. 1940, in der die "cuenta de efectos" und damit auch jede Art von Sammelverwahrung verboten wurde, sieht der Autor in

-
- 1) Broseta Pont, *Estudios de Derecho Bursátil* und *Hacia una más fácil negociación y administración de los valores mobiliarios al portador*; der Vorschlag von Maldonado ist in dem selben Werk enthalten.
 - 2) Broseta Pont hat noch in *Coloquio de Derecho Bursátil*, S. 109 ff den Aufsatz *Problemática jurídica de la custodia, compensación y administración de valores a través de una entidad de depósito* veröffentlicht; vgl. auch die Besprechung seiner Vorschläge von Eduardo Polo, *Revista de Derecho Mercantil*, 1968, S. 589 ff.
 - 3) Broseta Pont, *Hacia una más fácil negociación*, S. 58 ff.

dem von ihm konzipierten System nicht, da die Depotgesellschaft die empfangenen Wertpapiere identifizieren muß, kein Eigentum an ihnen erlangt und sie auch nicht mit ihren eigenen verwechseln kann. Auch soll sie nicht an den Hauptversammlungen der Gesellschaften teilnehmen, deren Wertpapiere bei ihr liegen.

Für die erforderliche Mitwirkung eines Fedatarios gemäß dem Dekret vom 19. Sept. 1936 und den nachfolgenden Gesetzen, die es ratifizieren und erweitern, soll es ausreichend sein, wenn dieser im Moment der Errichtung des Depots eingreift, wobei die Gesellschaft die Übertragungen von deponierten Wertpapieren mitteilen soll. Ein einmaliges Handeln des Fedatarios soll ausreichend sein, da dadurch der rechtmäßige Besitz, den die Depotgesellschaft von nun an an den eingelieferten Wertpapieren hat, bewiesen wird. Bei Übertragungen von Wertpapieren, die zwischen Kunden der Depotgesellschaft vorgenommen wurden, soll dann nicht mehr die Überprüfung der Numerierung der Wertpapiere erforderlich sein.

Weiterhin soll die Depotgesellschaft wegen der Komplexität der Bewachung, Immobilisierung und Verwaltung der Wertpapiere und Kupons mit jeder Emissionsgesellschaft vor der Deponierung ihrer Wertpapiere besondere Vereinbarungen treffen. Dies soll vor allem im Hinblick auf die Ausübung der den Wertpapieren innewohnenden Rechte geschehen.

Aber nicht nur die beiden eben zitierten Autoren, sondern auch andere, insbesondere Garrigues, haben scharfe Kritik an dem bestehenden System geübt.¹⁾ Ob allerdings die von Broseta Pont beschriebene Depotgesellschaft geschaffen werden wird, erscheint bei den augenblicklich bestehenden Gesetzen sehr fraglich. Das Decret vom 19. Sept. 1936 und die nachfolgenden Gesetze verlangen bei jeder Übertragung und bei jedem Handel mit Wertpapieren die Mitwirkung eines Fedatarios, der dabei die Rechtmäßigkeit des Besitzes des Veräußerers überprüfen muß, was nur durch die Überprüfung der Numerierung der Wertpapiere möglich ist. Auch scheint hier trotz der Argumente von Broseta Pont ein Verstoß gegen die Ley vom 23. Febr. 1940 vorzuliegen, die Effektenkosten, unter welcher Bezeichnung auch immer, verbietet. Wenn dieses Gesetz aber, wie erforderlich, extensiv ausgelegt wird, würde auch die Art der Verwahrung von Broseta, die einer Sammelverwahrung sehr nahe kommt, verboten sein. Möglich erscheint eine Neuregelung des spanischen Wertpapierdepots erst nach Aufhebung der eben erwähnten Gesetze.

1) Garrigues, Contratos Bancarios, S. 426.

M.) ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS

- 1) Die gesetzliche Regelung des Depotgeschäftes ist veraltet und lückenhaft. Sie entspricht nicht den Anforderungen des Verkehrs, S. 108 ff.
- 2) Durch Art. 310 C. de c. bekommen die Banken eine große Machtfülle für die Regelung der rechtlichen Beziehungen zu ihren Deponenten. Außerdem bewirkt Art. 310 C. de c., daß die Regelung des Depotvertrages von Bank zu Bank unterschiedlich sein kann, S. 12 ff.
- 3) Das verschlossene Depot, die klassische Form des Depotvertrages, ist heute ungebräuchlich und hat dem Safevertrag Platz gemacht, S. 22 ff.
- 4) Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich bei dem offenen Depotvertrag um einen Verwahrungsvertrag, der auf Grund der Tatsache, daß auf der Verwahrerseite Kreditinstitute stehen und daß die Vertragsobjekte Wertpapiere sind, Besonderheiten aufweist, S. 28 ff.
- 5) Wegen der Ley vom 23. Febr. 1940 muß es sich immer um einen regulären Verwahrungsvertrag handeln. Eine Sammelverwahrung ist verboten, S. 58 ff.
- 6) Jede Bank verwahrt grundsätzlich die ihr anvertrauten Wertpapiere selbst. Es gibt keine Wertpapiersammelbanken, S. 52 ff.
- 7) Bei dem offenen Depot werden hauptsächlich solche Wertpapiere verwahrt, die auf einmal in großer Anzahl emittiert worden sind; einzelne Banken machen hier jedoch Ausnahmen, S. 40 ff.
- 8) Ausländische Wertpapiere werden in spanischen Banken grundsätzlich nicht verwahrt, S. 43 ff.
- 9) Der Depotvertrag kommt als Realvertrag durch die tatsächliche Übergabe der Wertpapiere zustande. Dabei wird dem Hinterleger ein Resguardo de Depósito ausgestellt, der eine bloße Beweisurkunde und kein Inhaberpapier ist, der indossiert werden kann, und der oft durch seine Handhabung in der Praxis die Wertpapiere ersetzt, S. 47 ff.
- 10) Die Vertragspflichten des Verwahrers sind: die Obhut und Verwahrung der Wertpapiere, das Verbot, sich ihrer zu bedienen, die Rückgabe- und die Verwaltungsverpflichtung, S. 51 ff.
- 11) Die Verwahrungsmethoden der einzelnen Banken weisen zwar technische Unterschiede auf, haben jedoch alle wegen der Rechtsnatur des Depotvertrages als regulärer Verwahrungsvertrag zum obersten Prinzip die ständige körperliche Zuordnung jedes deponierten Wertpapiers zu seinem Deponenten bzw. Eigentümer, S. 52 ff.

- 12) Das Depotstimmrecht der Banken kann von diesen wegen der Wirkungslosigkeit des Art. 60 LSA in der Praxis fast nach deren Belieben ausgeübt werden, S. 59 ff.
- 13) Die Rückgabe der Wertpapiere erfolgt dann, wenn der Deponent sie herausverlangt. Gegenstand der Rückgabe sind die körperlich identischen Papiere, mit denen das Depot errichtet wurde, S. 64 ff.
- 14) Das Tribunal Supremo hat hohe Anforderungen an die Sorgfalts- und Kontrollpflichten der Banken bei der Rückgabe gestellt, bei deren Verletzung die Banken für entstandene Schäden haften. Die Rückgabe kann auch an andere Personen als den Deponenten erfolgen, S. 79 ff.
- 15) Zu der Verwaltungsverpflichtung gehört das Einziehen der Zinsen und Dividenden und das Durchführen der notwendigen Handlungen, damit die deponierten Wertpapiere die Rechte behalten, die ihnen zustehen. Die jeweils bestehenden Pflichten unterscheiden sich nach der Art der zu verwaltenden Wertpapiere, S. 86 ff.
- 16) Trotz Schaffung von Freizeichnungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der meisten Banken für fehlerhafte oder unterlassene Verwaltung ist wegen Art. 308 C. de c. ein völliger Haftungsausschluß nicht möglich, S. 93 ff.
- 17) Der Deponent ist zur Zahlung der Depotgebühren verpflichtet. Die Bank hat im Falle der Nichtzahlung ein Zurückbehaltungsrecht an den deponierten Wertpapieren, S. 96 ff.
- 18) Bei einem Konkurs der Depotbank ist das Eigentum der Deponenten an ihren Wertpapieren nicht gefährdet. Die Wertpapiere fallen nicht in die Konkursmasse, und der Eigentümer hat einen Aussonderungsanspruch, S. 106 ff.

ANHANG

I.) Die Estatutos del Banco de España (Decret vom 24. Juli 1947)

2. Kapitel - Über die Tätigkeiten

Art. 6 Emission

Die Bank hat das ausschließliche Recht, Inhabergeldscheine mit gesetzlichem Kurs zu emittieren

Art. 7 Depots

Die Zweigstellen der Bank, die dazu ermächtigt sind, können ins Depot nehmen: Geldstücke mit gesetzlichem nationalen Kurs oder Geldscheine der Bank selbst.

Nationale Wertpapiere und die ausländischen Wertpapiere, deren Zulassung gesetzlich erlaubt ist.

Edelsteine, wertvolle Metalle oder Gegenstände von besonderem Wert und wertvolle Metalle, deren Besitz gleichfalls erlaubt ist, in versiegelten Behältnissen.

Die freiwilligen Depots können in übertragbarer oder unübertragbarer Form errichtet werden. Die notwendigen Depots, die gesetzlichen wie die fiduziarischen, werden mittels untereinander verschiedenen und ihrem jeweiligen Wesen entsprechenden Quittungen schriftlich niedergelegt. Der Betrag der Dividenden oder Zinsen der deponierten Wertpapiere wird dem Konto des Deponenten oder einem anderen von ihm bezeichneten Konto gutgeschrieben.

Art. 8 Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit der Bank als Depositar besteht in Folgendem:

Dieselbe Menge von nationalem Zahlungsmittel, die dem Depot entspricht, zurückzugeben.

Außer im Falle eines Verlustes durch höhere Gewalt oder Zufall dieselben Wertpapiere, die sie empfangen hat, zurückzugeben oder die zurückzugeben, die sie auf Grund von Tilgung, von Umtausch oder von Umwandlung, welche von der emittierenden Gesellschaft vorgenommen wurde, ersetzen.

Die Behältnisse der Depots von Wertgegenständen mit intakten Verschlüssen zurückzugeben ohne Berücksichtigung des Inhaltes, und ohne daß die Bank in den Fällen von Zufall haftet oder irgendeine Verantwortlichkeit bezüglich des Wertes hat, den ihm der Deponent beimißt, oder bezüglich eines Schadens, den er erlitten haben könnte.

Wenn Bezugsrechte für irgendeine Art von Wertpapieren durch die Emissionsgesellschaften angekündigt werden, die den Inhabern von anderen Wertpapieren, die in der Bank deponiert sind, irgend ein Vorzugsrecht geben, wird diese im Namen ihrer Deponenten die in Frage kommenden Bezugsrechte ausüben oder den Verkauf der jeweiligen Kupons oder Rechte durchführen.

Dies wird in Übereinstimmung mit den Anweisungen die ihr der Inhaber rechtzeitig, und wenn dies erforderlich ist, nach vorheriger Zurverfügungstellung der notwendigen Gelder gegeben hat.

Wenn sie keine Anweisungen rechtzeitig bekommen hat, kann die Bank mit dem Einverständnis des Aufsichtsrates im Namen ihrer Deponenten und zu den oben angeführten Zwecken handeln, sogar ohne notwendigerweise jene vorher benachrichtigen zu müssen.

Die Bank erfüllt ihre Verpflichtungen, wenn sie die so erworbenen Wertpapiere oder den Betrag der verkauften Rechte dem Beteiligten zur Verfügung stellt, und sie wird, wenn dieser es wünscht, versuchen, auf seine Rechnung und seine Gefahr diese Wertpapiere zu verkaufen, wobei sie ihm die Abrechnungen dieses Vorganges vorlegt und, wenn dies der Fall ist, ihm den zu seinen Gunsten verbleibenden Betrag aushändigt.

Art. 9 Rückgabe der Depots

Die Rückgabe der Depots geschieht nach vorheriger Vorweisung der Quittungen, die die Bank ausgestellt hat, und der Empfangsbestätigung auf ihnen, die von der Person unterschrieben ist, die das Recht hat, das sich im Depot Befindliche zurückzufordern.

Die Bank kann den urkundsmäßigen Beweis dieses Rechtes fordern, wenn dies erforderlich erscheint, und immer dann, wenn es ihr richtig erscheint, kann sie Garantien oder ihrer Ansicht nach zufriedenstellende Beweise der Unterschriften fordern.

Art. 10 Kontokorrente

Die Bank kann Geld- und Wertpapierkonten eröffnen und führen (wobei sie bei diesen (den Wertpapierkonten) die Wertpapiere nach Klassen, Serien und Nummerierung aufführen muß) und zwar für natürliche oder juristische Personen und für Gesellschaften oder Vereinigungen, die in erforderlicher Weise vertreten sind und deren Antrag nach Dafürhalten der Bank nichts entgegensteht.

.....

Die Bank kann Geldkonten für jene Deponenten von Wertpapieren eröffnen, die

bei Depoterrichtung weder ein solches haben noch irgend ein anderes bezeichnet haben, auf das die Dividenden oder Zinsen gutzuschreiben sind.

II.) Das Reglamento del Banco de España (Orden vom 23. März 1948)

3. Kapitel - Über die Depots

Art. 31

Die dazu ermächtigten Bankschalter können Geldstücke oder Geldscheine der Bank selber, Wertpapiere, Schmuckgegenstände und die übrigen, in Art. 7 der Estatutos erwähnten Gegenstände, ins Depot nehmen. Wenn die Bank nicht dazu bereit ist, irgendetwas ins Depot zu nehmen, so ist sie nicht verpflichtet, ihre Ablehnung zu begründen.

Art. 32

Freiwillige Depots sind diejenigen, die auf Grund des freien Willens der DepONENTEN errichtet werden, und sie können gemäß deren Erklärungen übertragbar oder unübertragbar sein. Die ersten sind durch Indossament übertragbar, und sowohl die einen wie die anderen auf alle Arten, die das gemeine Recht anerkennt.

Die notwendigen Depots werden in Erfüllung einer Verpflichtung errichtet.

Die gerichtlichen Depots werden durch besondere Anordnung eines Richters oder eines Gerichtes errichtet.

Die auf Grund von Sicherheitsleistungen errichteten Depots werden als Garantie von Belastungen errichtet, die für die Bank, für Gesellschaften, für Vereinigungen oder für Privatleute vorgenommen werden müssen.

Art. 33

Auf den Rechnungen oder Quittungen der Depots wird aufgeführt:

Auf denen über Bargeld der Betrag in Peseten und Centimos, wobei der Wert der eingezahlten Banknoten entsprechend dem Zahlwert beachtet werden muß;

bei denen von Wertpapieren der Nominalpesetenbetrag, wobei bei ausländischen Wertpapieren zugleich der Geldbetrag umgerechnet werden muß;

und bei Depots von Schmuckgegenständen oder von Gegenständen in versiegelten Behältnissen der Wert, den der Deponent ihrem Inhalt beimißt.

Bei den Depots von Wertpapieren wird die Beschreibung der Urkunden nach ihrer Benennung, ihren Serien und Nummern genau aufgeführt. Bezüglich der Depots von Schmuckgegenständen und übrigen Objekten wird jede Beschreibung des Inhaltes

weggelassen, welchen die Bank vor dem Versiegeln des Behältnisses überprüfen kann, um urteilen zu können, ob sie ihrer Meinung nach zulässig sind.

Die Rechnungen der Errichtungen von Depots müssen die Inhaber derselben unterschreiben; wenn sie es nicht machen, sind sie verpflichtet, ihre Unterschrift beim Wertpapiershalter registrieren zu lassen oder ein Muster derselben zu übersenden, das die Bank hinsichtlich ihrer Authentizität völlig zufriedenstellen muß, damit am Schalter unanzweifelbare Unterschriften vorhanden sind, um dann, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, diese mit denen vergleichen zu können, die die Empfänger bestätigen bescheinigen, wenn die Quittungen der Depots vorgelegt werden, um diese aufzulösen.

Diese Registrierung kann der Depotinhaber nach seinem Belieben vornehmen, aber immer vor der Auflösung der Depots.

Art. 34

Beim Errichten der Depots werden endgültige Quittungen ausgestellt, oder, falls erforderlich, provisorische, die als nichtig betrachtet werden, wenn sie mit den endgültigen ausgetauscht werden. Dies muß genau innerhalb von den acht, dem Ausstellungsdatum folgenden Werktagen, geschehen sein.

Die endgültigen Quittungen müssen in der Zentrale sowie in den Zweigstellen oder zur Empfangnahme von Depots berechtigten Agenturen vom zuständigen Kassierer oder dem Aufsichtsbeamten oder von denen, die sie regelmäßig vertreten, unterschrieben werden, und sie müssen das Datum des Tages nennen, an dem das Depot errichtet worden ist.

Art. 35

Die Depots von Bargeld sind unentgeltlich, es sei denn, das Finanzministerium ordnete etwas anderes an. Die Depots von Wertpapieren und anderen Gegenständen unterliegen den Bewachungsgebühren, die der Aufsichtsrat bestimmt. Falls während des Bestehens der Depots der bei der Errichtung gültige Tarif für die Ansprüche aus der Bewachung sich ändern sollte, werden diese entsprechend dem Tarif, der im Moment der Auflösung gültig ist, abgewickelt, wobei das Einverständnis des Kunden vorausgesetzt wird, wenn er nicht die Depots innerhalb von dem der Tarifänderung folgenden Monat auflöst.

Art. 36

Die Depots von Bargeld, die der Fiskus errichtet, unterliegen der Bewachungsgebühr dann nicht, wenn sie auch vom Fiskus wieder zurückgezogen werden.

Art. 37

Auf Antrag der berechtigten Personen hin kann unter Zugrundelegung der Bedingungen, die bestimmt werden, die Überführung von Bargelddepots und von Wertpapierdepots von der einen zu der anderen Niederlassung der Bank auf Rechnung und Gefahr der beteiligten Parteien hin erfolgen. Die Zahlungen der Dividenden oder Zinsen der deponierten Wertpapiere, die Bezahlung des Betrages der Urkunden im Falle einer Tilgung und im Allgemeinen die Einzahlungen aus irgendeinem anderen Anlaß werden gem. Art. 10 der Estatutos auf dem Konto des Deponenten oder auf dem Konto, das jener bezeichnet hat, vorgenommen. Wenn es sich - falls dies erforderlich sein sollte - um Schulden wegen des Bezugs von neuen Wertpapieren, wegen der Zahlung von passiven Dividenden oder wegen der Wahrnehmung von Ansprüchen und Gebühren der Bank als Depositär handeln sollte, so wird die Belastung auf dem Konto des Deponenten oder auf dem, das jener bestimmt, vorgenommen, wobei die Bank mit der ausdrücklichen Einverständniserklärung des Inhabers die Zurverfügungstellung von Geldmitteln verlangen kann, wenn per Saldo nicht ausreichend vorhanden ist. Bezüglich des Einziehens von Zinsen und Dividenden der deponierten Wertpapiere, der Geltendmachung des Betrages bei getilgten Wertpapieren, bei der Zusammenstellung der Kuponbögen und - falls erforderlich - bei dem Umtausch oder bei der Umwandlung von Wertpapieren werden die Bankschalter dafür Sorge tragen, daß die erforderlichen Handlungen vorgenommen werden, besonders dann, wenn die Emissionsgesellschaften die Zahlungen, die Aushändigungen oder den Umtausch an dem Ort vornehmen, an dem die Wertpapiere deponiert sind, oder wenn die Beteiligten dies verlangen.

Art. 38

Die Rückgabe der Depots richtet sich nach dem in Art. 8 und 9 der Estatutos vorgesehenen.

Art. 39

Hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen wird sich die Bank, ungeachtet der Inhaberschaft der Geldbeträge, Wertpapiere, Schmuckgegenstände oder anderer deponierter Gegenstände verpflichtet fühlen, diese zurückzugeben, wenn dies mittels Vorweisung der Quittung geschieht, die mit der Empfangsbestätigung durch ihre Inhaber unterschrieben ist; mit der Empfangsbestätigung durch den Indossatar, wenn das Depot übertragbar ist, sei es, daß sie von dem Indossament Kenntnis hatte oder nicht, oder mit der Empfangsbestätigung der rechtmäßigen Erben von diesen, wenn sie auf die erforderliche Art ihren Anspruch glaubhaft machen, oder mit der von ihren Bevollmächtigten oder Vertretern, die die Befugnis und das Recht haben, die Rückgabe zu verlangen.

Art. 40

Die Bank wird von dem Indossament vor irgendeiner übertragbaren Quittung Kenntnis nehmen, wenn ihr diese zu diesem Zweck vorgezeigt wird.

Gleichfalls wird sie auch die Annullierung von irgendeiner Quittung in ihren Akten vormerken, wenn ihr wieder die Quittung zu diesem Zweck von dem Indossatar vorgewiesen wird.

Art. 41

Die Artikel dieses Reglamente bezüglich der Übertragung von Aktien durch eine öffentliche Schrift, oder durch eine andere ausreichende Übertragungsurkunde, durch Erbnachfolge oder durch Nachfolge mittels eines Vermächtnisses, oder durch festen Beschluß einer zuständigen Behörde, die Artikel bezüglich der Zurückbehaltung oder der Beschlagnahme von Aktien oder von ihren Dividenden, und diejenigen bezüglich der Beurkundung, die Anspruch auf die Rechte gibt, die sich auf die Aktien der Bank beziehen, sind auf die Depots, auf ihre Quittungen und auf die Zinsen und Dividenden anwendbar.

Art. 42

Das Anfertigen von Zweitschriften von Depotquittungen, die abhanden gekommen oder vernichtet worden sind, wird mittels der Erfüllung der Förmlichkeiten, die in diesem Reglamente für die Anfertigungen von Zweitschriften der Auszüge von Aktien zur freien Verfügung aufgestellt sind, und mittels der Erklärung durch den oder die Inhaber der übertragbaren Quittungen, die nicht indossiert worden sind, durchgeführt.

Wenn es sich bei den verlorenen oder vernichteten Quittungen um solche handelt, die sich auf Depots beziehen, deren tatsächlicher Wert 5000 Peseten nicht übersteigt, so richtet sich der Vorgang des Ausstellens eines Duplikates nach den Vorschriften, die hinsichtlich der Auszüge von nicht verfügbaren Aktien aufgestellt sind.

Wenn der Wert eines Depots nicht den Geldwert von 3000 Peseten übersteigt, so kann, wenn der Verlust oder die Vernichtung der Quittung von dem erklärt wird, der einen Anspruch auf das Depot geltend macht, nach der Meinung der Bank eine Zweitschrift ohne vorherige Ankündigungen mittels Hinterlegung einer ausreichenden Kautio ausgestellt werden.

Die Erneuerung von beschädigten Quittungen erfolgt, indem diese vorher zwecks ihrer Ungültigerklärung eingezogen wurden.

Art. 43

Die Vorweisung von Depotquittungen kann in Fällen, in denen dies gewöhnlich notwendig wäre, weggelassen werden, wenn die Aufhebung durch einen festen Entschluß einer zuständigen Behörde nachgewiesen wird, und bei notwendigen Depots, bei Sicherungsdepots und bei gerichtlichen Depots im Einverständnis mit der Behörde, der Gesellschaft, der Person oder des Gerichtes, auf deren Veranlassung sie errichtet worden sind.

In allen dargelegten Fällen können die Depots aufgehoben und den Personen, die ermächtigt sind, diese in Empfang zu nehmen, zurückgegeben werden, ohne daß notwendigerweise die Quittung vorgezeigt werden müßte, wenn dies so derjenige gestattet, der ihre Aufhebung anordnen kann.

Art. 44

Im Falle eines Rechtsstreites oder wenn ein Anspruch eines Dritten auf die sich in der Bank befindlichen Wertpapiere geltend gemacht wird, so kann diese die Effekten, auf die sich der Rechtsstreit bezieht, zu der Caja Central de Depósitos oder zu der zuständigen Zweigstelle derselben überführen. Dadurch wird von diesem Moment an das Depot von der Bank aufgelöst, und nur noch die Quittung des neuen Depots bewacht, das an dieser Caja errichtet worden ist, ohne daß sie ihrerseits irgend eine Handlung bezüglich des Einziehens von Zinsen, Dividenden oder Tilgungen - falls erforderlich, noch vornimmt. Hiermit erlöschen ihre Verpflichtungen als Depositar. Wenn der Streit beendet ist, wird die Bank die Depotquittung dem aushändigen, der über das zusprechende Gerichtsurteil verfügt, oder dem, dem sie nach der gemeinsamen Vereinbarung der Streitenden zusteht.

Art. 45

Die Ausübung des Bezugsrechtes von irgendeiner Art von Wertpapieren oder Urkunden, die gemäß dem in Art. 8 der Estatutos Festgelegten vorgenommen werden müssen, richtet sich außerdem noch nach folgenden Normen:

Die Ankündigungen des Bezugsrechtes, in denen die Emissionsgesellschaften irgendein Vorzugsrecht den bei der Bank deponierten Wertpapieren geben, werden an die Anzeigetafel des zuständigen Schalters geheftet und den beteiligten Parteien mit einem normalen Brief übersandt, ohne daß die Bank verpflichtet ist, die Absendung zu überprüfen. Wenn sieben Tage vor dem Fälligkeitsdatum, das die Emissionsgesellschaft für die Ausübung des Bezugsrechtes festgesetzt hat, die Bank keine Anweisungen des Deponenten erhalten hat, so hat sie die Wahl zwischen der Ausübung oder der Nichtausübung des Bezugsrechtes namens und auf Rechnung von diesen, oder auch die entsprechenden Kupons und Rechte zu veräußern, wenn dafür

eine Börsennotierung existiert. Die Bank kann für den Fall genauso verfahren, wenn die zugestandene Frist so knapp bemessen ist, daß nach ihrer Meinung nicht ausreichend Zeit vorhanden ist, um Anweisungen in Empfang zu nehmen, oder wenn sie diese tatsächlich nicht empfängt.

Wenn die Bank Wertpapiere im Namen ihrer Deponenten durch die Ausübung des Bezugsrechtes bezieht, ohne vorher eine Anweisung von diesen dazu erhalten zu haben, wird sie den beteiligten Parteien in der oben genannten Art diesen Vorgang mitteilen, und wenn sie in einer Frist von 15 Tagen, die vom Tage der Benachrichtigung an gerechnet wird, keine Anweisungen empfängt, wird sie auf Rechnung und Gefahr der Inhaber den Verkauf der erworbenen Wertpapiere an der Börse betreiben, wobei sie Rechenschaft ablegt und den überschüssigen Geldbetrag deren Kontos gutschreibt. Wenn dieser beschriebene Verkauf nicht ausreicht, um der Bank ihre Auslagen zu ersetzen, wird sie für diese Einziehung die Differenz der Zinsen oder Dividenden der übrigen Depots heranziehen, die auf den Namen desselben Inhabers errichtet sind.

III.) Die Artikel 303 - 310 des Código de Comercio

2. Buch. Titel IV

Von der handelsrechtlichen Verwahrung

Art. 303

Damit die Verwahrung handelsrechtlich ist, ist erforderlich:

1. daß zumindest der Verwahrer Kaufmann ist,
2. daß die verwahrten Gegenstände Gegenstände des Handels sind,
3. daß die Verwahrung für sich alleine eine handelsrechtliche Tätigkeit darstellt oder als Grund oder als Folge von handelsrechtlichen Tätigkeiten zustande kommt.

Art. 304

Der Verwahrer hat, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart worden ist, das Recht, für die Verwahrung eine Vergütung zu fordern.

Wenn die Parteien die Höhe des Entgeltes nicht festgelegt haben, richtet es sich nach den Gebräuchen des Ortes, an dem die Verwahrung zustande gekommen ist.

Art. 305

Die Verwahrung kommt mit der Übergabe der Sache, die verwahrt werden soll, an den Verwahrer zustande.

Art. 306

Der Verwahrer ist verpflichtet, die Sache, die Gegenstand der Verwahrung ist, so, wie er sie empfangen hat, zu bewahren und sie mit ihren Früchten, wenn sie welche erlangt hat, zurückzugeben, wenn der Verwahrende ihn dazu auffordert.

Bei der Bewahrung des Verwahrten ist der Verwahrer für alle Beschädigungen, Schäden oder Verschlechterungen, die die verwahrten Sachen auf Grund seiner Arglist oder Fahrlässigkeit erleiden, verantwortlich und ebenso für die, die auf Grund der Natur oder der Gefährlichkeit der Sachen entstehen, wenn er in diesen Fällen nicht das Notwendige unternommen hat, um sie zu vermeiden, oder um Abhilfe zu schaffen, dadurch, daß er, sowie sie erkennbar werden, sogleich den Verwahrenden von ihnen benachrichtigt.

Art. 307

Wenn die Depots aus Geld unter genauer Darlegung der Geldstücke, die sie darstellen, bestehen, oder wenn sie versiegelt oder verschlossen übergeben werden, so geht das Ansteigen oder das Absinken, das ihr Wert erfährt, zu Lasten des Verwahren-
renden.

Die Gefahren der genannten Depots gehen zu Lasten des Verwahrers, wobei dieser die Schäden zu tragen hat, die sie erleiden, wenn er nicht beweist, daß sie durch höhere Gewalt oder durch unüberwindlichen Zufall zustande gekommen sind. Wenn die Depots von Geld ohne genaue Darlegung der Geldstücke oder wenn sie unverschlossen oder unversiegelt zustande kommen, ist der Verwahrer für ihre Bewachung und für die Gefahren gemäß dem in Art. 306 II Angeordneten verantwortlich.

Art. 308

Die Verwahrer von Urkunden, Wertpapieren, Effekten oder Dokumenten, die Geldbeträge abwerfen, sind verpflichtet, die Einziehung derselben an ihren Fälligkeitsterminen durchzuführen und ebenso alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, damit die verwahrten Effekten ihren Wert und die Rechte, die ihnen im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften zustehen, behalten.

Art. 309

Immer dann, wenn der Verwahrer im Einverständnis mit dem Verwahren-
den über die Sachen, die Gegenstand des Depots sind, entweder für sich oder seine Geschäfte oder für Handlungen, zu denen jener ihn beauftragt, verfügt, so hören die dem Verwahren-
den und dem Verwahrer eigenen Verpflichtungen auf zu bestehen, und es gelten die Regelungen und Anordnungen, die auf das handelsrechtliche Darlehen, auf die Kommission oder auf den Vertrag anwendbar sind, den sie als Ersatz des Verwahrungsvertrages abgeschlossen hätten.

Art. 310

Ungeachtet des in den vorhergehenden Artikeln Angeordneten regeln sich die Depots, die in den Banken, den Lagerhäusern, den Kreditanstalten oder irgendwelchen anderen Gesellschaften errichtet werden, in erster Linie nach der Satzung derselben, in zweiter Linie nach den Vorschriften dieses Gesetzbuches und schließlich nach den Regeln des gemeinen Rechtes, das auf alle Depots Anwendung findet.

IV.) Art. 1758 - 1784 des Código Civil

4. Buch. Titel XI

Über die Verwahrung

1. Kapitel

Über die Verwahrung im Allgemeinen und über ihre verschiedenen Arten

Art. 1757

Die Verwahrung kommt zustande, indem einer eine fremde Sache empfängt mit der Verpflichtung, sie zu bewachen und sie zurückzugeben.

Art. 1759

Die Verwahrung kann gerichtlich und außergerichtlich zustande kommen.

2. Kapitel

Über die Verwahrung im eigentlichen Sinne

1. Abschnitt - Über die Natur und das Wesen des Verwahrungsvertrages

Art. 1760

Die Verwahrung ist ein unentgeltlicher Vertrag, wenn nicht das Gegenteil vereinbart worden ist.

Art. 1761

Nur bewegliche Sachen können Gegenstand der Verwahrung sein.

Art. 1762

Die außergerichtliche Verwahrung ist entweder notwendig oder freiwillig.

2. Abschnitt - Über die freiwillige Verwahrung

Art. 1763

Freiwillig ist jene Verwahrung, bei der die Übergabe auf Grund des freien Willens des Verwahrenden stattfindet. Es kann auch die Verwahrung von zwei oder mehreren Personen, die ihrer Meinung nach einen Anspruch auf die Sache haben, bei einer dritten durchgeführt werden, die dann die Übergabe an die Person vornimmt, der dies zusteht.

Art. 1764

Wenn eine Person, die fähig ist, Verträge abzuschließen, die Verwahrung einer anderen Person, die nicht dazu fähig ist, annimmt, ist sie allen Verpflichtungen des Verwahrers unterworfen und kann zur Rückgabe durch den Aufsichtsberechtigten, Pfleger oder Verwalter der Person, die die Verwahrung errichtet hat, oder durch diese selbst, wenn sie diese Fähigkeit wieder erlangt hat, verpflichtet werden.

Art. 1765

Wenn die Verwahrung von einer geschäftsfähigen Person mit einer Person errichtet worden ist, die es nicht ist, hat der Verwahrende nur einen Anspruch, die verwahrte Sache zurückzufordern, während sie sich in Gewalt des Verwahrers befindet, oder darauf, daß dieser ihm die Menge zurückerstattet, mit der er sich mit der Sache oder mit ihrem Preis bereichert hat.

3. Abschnitt - Über die Verpflichtungen des Verwahrers

Art. 1766

Der Verwahrer ist verpflichtet, die Sache zu bewachen und sie zurückzugeben, wenn er darum ersucht wird, und zwar an den Verwahrenden oder an seine Erben oder an die Person, die im Vertrag bestimmt ist. Seine Verantwortlichkeit hinsichtlich der Bewachung und des Verlustes der Sache richtet sich nach dem unter Titel I dieses Buches Angeordneten.

Art. 1767

Der Verwahrer kann sich der verwahrten Sache nicht ohne ausdrückliche Erlaubnis des Verwahrenden bedienen.

Andernfalls haftet er für die Schäden und Verschlechterungen.

Art. 1768

Wenn der Verwahrer die Erlaubnis hat, sich der verwahrten Sache zu bedienen oder sie zu gebrauchen, verliert der Vertrag das Wesen der Verwahrung und wandelt sich in einen Darlehens- oder Leihvertrag um.

Die Erlaubnis wird nicht vermutet; ihr Bestehen muß bewiesen werden.

Art. 1769

Wenn die verwahrte Sache verschlossen oder versiegelt übergeben wird, muß sie der Verwahrer in derselben Form wieder zurückgeben, und er ist für die Schäden und Verschlechterungen verantwortlich, wenn das Siegel oder der Verschluß durch seine Schuld aufgebrochen ist.

Die Schuld des Verwahrers wird vermutet, wenn nicht das Gegenteil bewiesen wird.

Hinsichtlich des Wertes des Verwahrten wird, wenn die Gewaltanwendung dem Verwahrer zuzurechnen ist, die Erklärung des Verwahrenden als Grundlage genommen, wenn nicht etwas Gegenteiliges bewiesen wird.

Art. 1770

Die verwahrte Sache wird mit allen Früchten und allem Zubehör zurückgegeben.

Wenn die Verwahrung in Geld besteht, wird hinsichtlich des Verwahrers das hinsichtlich des Beauftragten in Art. 1724 Angeordnete angewandt.

Art. 1771

Der Verwahrer kann nicht fordern, daß der Verwahrende beweist, daß er Eigentümer der verwahrten Sache ist.

Wenn er jedoch entdeckt, daß die Sache gestohlen wurde, und wer ihr eigentlicher Eigentümer ist, muß er diesem die Verwahrung mitteilen.

Wenn der Eigentümer trotz allem nicht innerhalb eines Monats die Sache herausverlangt, so wird der Verwahrer von aller Haftung frei, wenn er die Sache dem zurückgibt, von dem er sie empfangen hat.

Art. 1772

Wenn es sich um zwei oder mehrere Verwahrende handelt, so kann keiner von ihnen mehr als seinen Anteil zurückverlangen, wenn sie nicht gesamthänderisch tätig geworden sind und die Sache eine Teilung zuläßt.

Wenn sie gesamthänderisch tätig geworden sind, oder wenn die Sache eine Teilung

lung nicht möglich macht, so gilt das in den Art. 1141 und 1142 dieses Gesetzes Angeordnete.

Art. 1773

Wenn der Verwahrende seine Fähigkeit, Verträge zu schließen, verliert, nachdem er die Verwahrung errichtet hat, so kann die Verwahrung nur denen zurückgegeben werden, die die Verwaltung seiner Güter und Rechte innehaben.

Art. 1774

Wenn beim Abschluß der Verwahrung ein Ort für die Rückgabe vereinbart wurde, so muß der Verwahrer die verwahrte Sache dorthin bringen; die Kosten aber, die diese Überführung mit sich bringt, gehen zu Lasten des Verwahrenden.

Wenn kein Ort für die Rückgabe bestimmt worden ist, so muß diese dort stattfinden, wo sich die verwahrte Sache befindet, selbst wenn dies nicht derselbe Ort ist wie der, an dem die Verwahrung zustande kam, es sei denn, es würde Böswilligkeit seitens des Verwahrers vorliegen.

Art. 1775

Das Verwahrte muß dem Verwahrenden zurückgegeben werden, wenn dieser es verlangt, selbst dann, wenn in dem Vertrag eine Frist oder ein bestimmter Zeitpunkt für die Rückgabe ausgemacht worden ist.

Diese Bestimmung gilt dann nicht, wenn die Verwahrung gerichtlich in der Gewalt des Verwahrers beschlagnahmt wurde, oder wenn diesem der Einspruch eines Dritten gegen die Rückgabe oder Übergabe der Sache mitgeteilt wurde.

Art. 1776

Der Verwahrer kann, wenn er ausreichende Gründe dafür hat, die Verwahrung nicht weiter zu behalten, selbst vor dem ausgemachten Zeitpunkt diese dem Verwahrenden zurückgeben; und, wenn dieser widerspricht, so kann er von dem Richter seine Einverständniserklärung verlangen.

Art. 1777

Der Verwahrer, der auf Grund höherer Gewalt die verwahrte Sache verloren und eine andere an ihrer Stelle empfangen hat, ist verpflichtet, diese dem Verwahrenden auszuhändigen.

Art. 1778

Der Erbe des Verwahrers, der gutgläubig die Sache verkauft hat, von der er nicht wußte, daß sie verwahrt war, ist nur dazu verpflichtet, den Preis zurückzuerstatten, den er empfangen hat, oder dazu, seine Ansprüche gegen den Käufer abzutreten, in dem Fall, daß der Preis noch nicht bezahlt ist.

4. Abschnitt - Von den Verpflichtungen des Verwahrennden

Art. 1779

Der Verwahrende ist verpflichtet, dem Verwahrer die Kosten zu ersetzen, die dieser für die Bewahrung der verwahrten Sache aufgewendet hat, und ihm alle Schäden zu ersetzen, die er als Folge der Verwahrung erlitten hat.

Art. 1780

Der Verwahrer kann die verwahrte Sache als Pfand zurückbehalten bis zur vollständigen Bezahlung dessen, was man ihm auf Grund der Verwahrung schuldet.

5. Abschnitt - Von der notwendigen Verwahrung

Art. 1781

Notwendig ist die Verwahrung:

1. Wenn sie als Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung zustande kommt.
2. Wenn sie aus Anlaß irgend eines Unglückfalles wie Brand, Hauseinsturz, Plünderung, Schiffbruch oder ähnlichem zustande kommt.

Art. 1782

Die Verwahrung, die in Nr. 1 des vorhergehenden Artikels genannt ist, richtet sich nach den Bestimmungen des Gesetzes, auf Grund dessen sie zustande kommt, und, wenn ein solches fehlt, nach den Bestimmungen der freiwilligen Verwahrung.

Die in Nr. 2 enthaltene Verwahrung richtet sich nach der Regelung der freiwilligen Verwahrung.

Art. 1783 u. 1784 (Gastwirthschaftung).

LEBENS LAUF

Am 11.10.1946 wurde ich in Königshofen/Grabf., Bayern, als Sohn des Herbert Höhne und seiner Ehefrau Ilse, geb. Fuchs, geboren.

Von 1952 bis 1966 besuchte ich das humanistische Berthold-Gymnasium in Freiburg/Brg.

Von Juli 1964 bis Juli 1965 war ich als Stipendiat des American Field Service an der North Hollywood High School, Calif., USA. Dort bestand ich das amerikanische, Ostern 1966 am Berthold-Gymnasium das deutsche Abitur.

Vom Sommersemester 1966 bis Sommersemester 1967 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität in Freiburg/Brg. Ab Wintersemester 1967/68 war ich an der Universität in Nizza als Stipendiat des Deutsch-Französischen Jugendwerkes. Im Wintersemester 1968/69 setzte ich das Studium an der Universität in Mainz fort; dort bestand ich im Juni 1971 das 1. juristische Staatsexamen.

Im September 1972 begann ich die Referendarausbildung in München, die ich im September 1975 dort mit dem zweiten juristischen Staatsexamen abschloß.

Seit Februar 1976 bin ich in München als Rechtsanwalt selbständig tätig.

Am 2. Juli 1976 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.

München, den 28.9.1976

